الجزء الاول

من

بداية المجتهد ونهاية المقتصد

للامام الفقيه الفيلسوف الاصولى القاضى أبي الوليد محمد
ابن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الاندلسى
الشهير ﴿ بابن رشد الحفيد ﴾ المتوفى
سنة ٥٩٥ هجريه رحمه
الله تعالى

الطبعة الاولى

على نفقة شركة المطبوعات العربية

طبعت على النسخة المولوية بعد أن تفضل بقراءتها صاحب الفضيلة الاستاذ
الشيخ محمد شاكر وكيل مشيخة الازهر على النسخة الخطية
المحفوظة بدار كتب سعادة أحمد بك تيمور

ادارة شركة المطبوعات العربية بفم باب البحر
بميدان محطة مصر

بسم الله الرحمن الرحيم

أما بعد حمد الله بجميع محامده والصلاة والسلام على محمد رسوله وآله وأصحابه فان غرضي في هذا الكتاب ان أثبت فيه لنفسي على جهة التذكرة من مسائل الاحكام المتفق عليها والمختلف فيها بأدلتها والتنبيه على نكت الخلاف فيها ما يجري مجرى الاصول والقواعد لما عسى ان يرد على المجتهد من المسائل المسكوت عنها في الشرع وهذه المسائل في الاكثر هي المسائل المنطوق بها في الشرع أو تتعلق بالمنطوق به تعلقا قريبا وهي المسائل التى وقع الاتفاق عليها أو اشتهر الخلاف فيها بين الفقهاء الاسلاميين من لدن الصحابة رضى الله عنهم الى أن فشا التقليد . وقبل ذلك فلنذكر كم أصناف الطرق التى تتلقى منها الاحكام الشرعية وكم أصناف الاحكام الشرعية وكم أصناف الاسباب التى أوجبت الاختلاف بأوجز ما يمكننا فى ذلك فنقول .

إن الطرق التى منها تلقيت الاحكام عن النبي عليه الصلاة والسلام بالجنس ثلاثة إما لفظ وإما فعل وإما اقرار وأما ماسكت عنه الشارع من الاحكام فقال الجمهور إن طريق الوقوف عليه هو القياس وقال أهل الظاهر القياس فى الشرع باطل وماسكت عنه الشارع فلا حكم له ودليل العقل يشهد بثبوته وذلك ان الوقائع بين أشخاص الاناسى غير متناهية والنصوص والافعال والاقرارات متناهية ومحال ان يقابل مالا يتناهى بما يتناهى وأصناف الالفاظ التى يتلقى منها الاحكام من السمع أربعة ثلاثة متفق عليها ورابع مختلف فيه . أما الثلاثة المتفق عليها فلفظ عام يحمل على عمومه أوخاص يحمل على خصوصه أو لفظ عام يراد به الخصوص أو لفظ خاص يراد به العموم وفي هذا يدخل التنبيه بالأعلى على الادنى وبالادنى على الاعلى وبالمساوى على المساوى فمثال الاول قوله تعالى (حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير) فان المسلمين اتفقوا على أن لفظ الخنزير متناول لجميع أصناف الخنازير مالم يكن مما يقال عليه الاسم بالاشتراك مثل خنزير الماء . ومثال العام يراد به الخواص قوله تعالى (خذ من أموالهم صدقة تطهرهم وتزكيهم بها) فان المسلمين اتفقوا على أن ليست الزكاة واجبة في جميع أنواع الاموال . ومثال الخاص يراد به العام قوله تعالى (فلا تقل لهما أف) وهو من باب التنبيه

بالادنى على الاعلى فانه يفهم من هذا تحريم الضرب والشتم وما فوق ذلك وهذه إما أن يأتى المستدعى بها فعله بصيغة الامر واما أن يأتى بصيغة الخبر يراد به الامر وكذلك المستدعى تركه اما أن يأتى بصيغة النهى وإما أن يأتى بصيغة الخبر يراد به النهى واذا أتت هذه الالفاظ بهذه الصيغ فهل يحمل استدعاء الفعل بها على الوجوب أو على الندب على ما سيقال في حد الواجب والمندوب اليه أو يتوقف حتى يدل الدليل على أحدهما فيه بين العلماء خلاف مذكور فى كتب أصول الفقه وكذلك الحال فى صيغ النهى هل تدل على الكراهية أو التحريم أو لا تدل على واحد منهما فيه الخلاف المذكور أيضا . والاعيان التى يتعلق بها الحكم إما ان يدل عليها بلفظ يدل على معنى واحد فقط وهو الذى يعرف فى صناعة أصول الفقه بالنص ولا خلاف فى وجوب العمل به وإما أن يدل عليها بلفظ يدل على أكثر من معنى واحد وهذا قسمان إما أن تكون دلالته على تلك المعانى بالسواء وهو الذى يعرف فى أصول الفقه بالمجمل ولا خلاف فى أنه لا يوجب حكما وإما أن تكون دلالته على بعض تلك المعانى أكثر من بعض وهذا يسمى بالاضافة الى المعانى التى دلالته عليها أكثر ظاهرا ويسمى بالاضافة الى المعانى التى دلالته عليها أقل محتملا واذا ورد مطلقا حمل على تلك المعانى التى هو أظهر فيها حتى يقوم الدليل على حمله على المحتمل فيعرض الخلاف للفقهاء فى أقاويل الشارع لكن ذلك من قبل ثلاثة معان ، من قبل الاشتراك فى لفظ العين الذى علق به الحكم ، ومن قبل الاشتراك فى الالف واللام المقرونة بجنس ذلك العين هل أريد بها الكل او البعض ، ومن قبل الاشتراك الذى فى ألفاظ الأوامر والنواهي . وأما الطريق الرابع فهو أن يفهم من ايجاب الحكم لشىء ما نفى ذلك الحكم عما عدى ذلك الشىء أو من نفى الحكم عن شىء ما ايجابه لما عدى ذلك الشىء الذى نفى عنه وهو الذى يعرف بدليل الخطاب وهو أصل مختلف فيه مثل قوله عليه الصلاة والسلام : فى سائمة الغنم الزكاة فان قوما فهموا منه أن لا زكاة فى غير السائمة. وأما القياس الشرعى فهو إلحاق الحكم الواجب لشىء ما بالشرع بالشىء المسكوت عنه لشبهه بالشىء الذى أوجب الشرع له ذلك الحكم او لعلة جامعة بينهما ولذلك كان القياس الشرعى صنفين ، قياس شبه ، وقياس علة والفرق بين القياس الشرعى واللفظ الخاص يراد به العام ان القياس يكون على الخاص الذى أريد به الخاص فيلحق به غيره أعنى أن المسكوت عنه يلحق بالمنطوق به من جهة الشبه الذى بينهما لا من جهة دلالة اللفظ لان الحاق المسكوت عنه بالمنطوق به من جهة تنبيه اللفظ ليس بقياس وانما هو من باب دلالة اللفظ وهذان الصنفان يتقاربان جداً لانهما إلحاق مسكوت عنه بمنطوق به وهما يلتبسان على الفقهاء كثيرا جـدا فمثال

القياس إلحاق شارب الخمر بالقاذف فى الحد والصداق بالنصاب في القطع وأما إلحاق الربويات بالمقتات أو بالمكيل أو بالمطعوم فمن باب الخاص أريد به العام فتأمل هذا فان فيه غموضا والجنس الأول هو الذى ينبغى للظاهرية أن تنازع فيه وأما الثانى فليس ينبغى لها أن تنازع فيه لانه من باب السمع والذى يرد ذلك يرد نوعا من خطاب العرب . وأما الفعل فانه عند الاكثر من الطرق التى تتلقى منها الاحكام الشرعية وقال قوم الافعال ليست تفيد حكما اذ ليس لها صيغ والذين قالوا انها تتلقى منها الاحكام اختلفوا في نوع الحكم الذى تدل عليه فقال قوم تدل على الوجوب وقال قوم تدل على الندب والمختار عند المحققين أنها ان أتت بيانا لمجمل واجب دلت على الوجوب وان أتت بيانا لمجمل مندوب اليه دلت على الندب وان لم تأت بيانا لمجمل فان كانت من جنس القربة دلت على الندب وان كانت من جنس المباحات دلت على الاباحة وأما الاقرار فانه يدل على الجواز فهذه أصناف الطرق التى تتلقى منها الاحكام أو تستنبط وأما الاجماع فهو مستند الى احد هذه الطرق الاربعة الا أنه اذا وقع في واحد منها ولم يكن قطعيا نقل الحكم من غلبة الظن الى القطع وليس الاجماع أصلا مستقلا بذاته من غير استناده الى واحد من هذه الطرق لانه لو كان كذلك لكان يقتضى إثبات شرع زائد بعد النبي صلى الله عليه وسلم إذ كان لا يرجع الى أصل من الاصول المشروعة وأما المعانى المتداولة المتأدية من هذه الطرق اللفظية للمكلفين فهى بالجملة اما امر بشيء واما نهى عنه واما تخيير فيه والامر إن فهم منه الجزم وتعلق العقاب بتركه سمي واجباً وان فهم منه الثواب على الفعل وانتفاء العقاب مع الترك سمى ندبا والنهى أيضاً ان فهم منه الجزم وتعلق العقاب بالفعل سمى محرما ومحظورا وان فهم منه الحث على تركه من غير تعلق عقاب بفعله سمي مكروها فتكون أصناف الاحكام الشرعية المتلقاة من هذه الطرق خمسا واجب ومندوب ومحظور ومكروه ومخير فيه وهو المباح وأما أسباب الاختلاف بالجنس فستة ، أحدها تردد الالفاظ بين هذه الطرق الاربع أعنى بين أن يكون اللفظ عاما يراد به الخاص او خاصا يراد به العام أو عاما يراد به العام أو خاصا يراد به الخاص أو يكون له دليل خطاب أو لا يكون له ، والثاني الاشتراك الذى في الالفاظ وذلك اما في اللفظ المفرد كلفظ القرء الذى ينطلق على الاطهار وعلى الحيض وكذلك لفظ الامر هل يحمل على الوجوب أو على الندب ولفظ النهى هل يحمل على التحريم او الكراهية وإما في اللفظ المركب مثل قوله تعالى (الا الذين تابوا) فانه يحتمل ان يعود على الفاسق فقط ويحتمل ان يعود على الفاسق والشاهد فتكون التوبة رافعة للفسق

ومجيزة شهادة القاذف ، والثالث اختلاف الاعراب ، والرابع تردد اللفظ بين حمله على الحقيقة أو حمله على نوع من أنواع المجاز التى هي إما الحذف وإما الزيادة وإما التقديم وإما التأخير وإما تردده على الحقيقة أو الاستعارة ، والخامس اطلاق اللفظ تارة وتقييده تارة مثل اطلاق الرقبة في العتق تارة وتقييدها بالايمان تارة ، والسادس التعارض فى الشيئين في جميع أصناف الالفاظ التى يتلقى منها الشرع الاحكام بعضها مع بعض وكذلك التعارض الذى يأتى في الافعال أو في الاقرارات أو تعارض القياسات أنفسها أو التعارض الذى يتركب من هذه الاصناف الثلاثة أعني معارضة القول للفعل أو للاقرار أو للقياس ومعارضة الفعل للاقرار أو للقياس ومعارضة الاقرار للقياس (قال) القاضى رضى الله عنه واذ قد ذكرنا بالجملة هذه الاشياء فلنشرع فيما قصدنا له مستعينين بالله ونبدأ من ذلك بكتاب الطهارة على عادتهم فنقول :

﴿ كتاب الطهارة من الحدث ﴾

انه اتفق المسلمون على ان الطهارة الشرعية طهارتان طهارة من الحدث وطهارة من الخبث واتفقوا على أن الطهارة من الحدث ثلاثة أصناف وضوء وغسل وبدل منهما وهو التيمم وذلك لتضمن ذلك آية الوضوء الواردة فى ذلك فلنبدأ من ذلك بالقول في الوضوء فنقول

﴿ كتاب الوضوء ﴾

ان القول المحيط باصول هذا الكتاب ينحصر في خمسة أبواب والباب الاول في الدليل على وجوبها وعلى من تجب ومتى تجب ، الثانى في معرفة أفعالها ، الثالث في معرفة مابه تفعل وهو الماء ، الرابع في معرفة نواقضها ، الخامس في معرفة الاشياء التى تفعل من أجلها

﴿ الباب الاول ﴾

فاما الدليل على وجوبها فالكتاب والسنة والاجماع . أما الكتاب فقوله تعالى (ياأيها الذين آمنوا اذا قمتم الى الصلاة فاغسلوا وجوهكم وأيديكم الى المرافق) الآية فانه اتفق المسلمون على أن امتثال هذا الخطاب واجب على كل من لزمته الصلاة اذا دخل وقتها . وأما السنة فقوله عليه الصلاة والسلام : لا يقبل الله صلاة بغير طهور ولا صدقة من غلول و قوله عليه الصلاة و السلام : لا يقبل الله صلاة من أحدث حتى يتوضأ وهذان الحديثان ثابتان عند أئمة النقل . وأما الاجماع فانه لم ينقل عن أحد من المسلمين

في ذلك خلاف ولو كان هناك خلاف لنقل اذ العادات تقتضى ذلك وأما من تجب عليه فهو البالغ العاقل وذلك أيضا ثابت بالسنة والاجماع . أما السنة فقوله عليه الصلاة والسلام . رفع القلم عن ثلاث فذكر الصبي حتى يحتلم والمجنون حتى يفيق . وأما الاجماع فانه لم ينقل في ذلك خلاف واختلف الفقهاء هل من شرط وجوبها الاسلام أم لا وهي مسئلة قليلة الغناء في الفقه لانها راجعة الى الحكم الاخروى . وأما متى تجب فاذا دخل وقت الصلاة أو أراد الانسان الفعل الذى الوضوء شرط فيه وان لم يكن ذلك متعلقا بوقت . أما وجوبه عند دخول وقت الصلاة على المحدث فلا خلاف فيه لقوله تعالى (ياأيها الذين آمنوا اذا قمتم الى الصلاة) الآية فأوجب الوضوء عند القيام الى الصلاة ومن شروط الصلاة دخول الوقت . وأما دليل وجوبه عند ارادة الافعال التى هي شرط فيها فسيأتى ذلك عند ذكر الاشياء التى يفعل الوضوء من أجلها واختلاف الناس في ذلك .

الباب الثانى

وأما معرفة فعل الوضوء فالاصل فيه ما ورد من صفته في قوله تعالى (ياأيها الذين آمنوا اذا قمتم الى الصلاة فاغسلوا وجوهكم وأيديكم الى المرافق وامسحوا برؤوسكم وأرجلكم الى الكعبين) وما ورد من ذلك أيضا في صفة وضوء النبي صلى الله عليه وسلم في الآثار الثابتة ويتعلق بذلك مسائل اثنتا عشرة تجرى مجرى الامهات وهي راجعة الى معرفة الشروط والاركان وصفة الافعال وأعدادها وتحديد محلها وتعيينه وأنواع أحكام جميع ذلك .

المسئلة الاولى من الشروط اختلف علماء الامصار هل النية شرط في صحة الوضوء أم لابعد اتفاقهم على اشتراط النية في العبادات لقوله تعالى (وماأمروا الاليعبدوا الله مخلصين له الدين) ولقوله صلى الله عليه وسلم . انما الاعمال بالنيات الحديث المشهور فذهب فريق منهم الى أنها شرط وهو مذهب الشافعى ومالك وأحمد وأبى ثور وداود وذهب فريق آخر الى انها ليست بشرط وهو مذهب أبى حنيفة والثورى . وسبب اختلافهم تردد الوضوء بين ان يكون عبادة محضة أعنى غير معقولة المعنى وانما يقصد بها القربة فقط كالصلاة وغيرها وبين ان يكون عبادة معقولة المعنى كغسل النجاسة فانهم لا يختلفون أن العبادة المحضة مفتقرة الى النية والعبادة المفهومة المعنى غير مفتقرة الى النية والوضوء فيه شبه من العبادتين ولذلك وقع الخلاف فيه وذلك انه يجمع عبادة ونظافة والفقه ان ينظر بأيهما هو أقوى شبها فيلحق به

(المسئلة الثانية من الاحكام) اختلف الفقهاء في غسل اليد قبل إدخالها في اناء الوضوء فذهب قوم الى أنه من سنن الوضوء باطلاق وان تيقن طهارة اليد وهو مشهور مذهب مالك والشافعي وقيل أنه مستحب للشاك في طهارة يده وهو أيضا مروى عن مالك وقيل إن غسل اليد واجب على المتنبه من النوم وبه قال داود وأصحابه وفرق قوم بين نوم الليل ونوم النهار فأوجبوا ذلك في نوم الليل ولم يوجبوه في نوم النهار وبه قال أحمد فتحصل في ذلك أربعة أقوال قول إنه سنة باطلاق وقول انه استحباب للشاك وقول إنه واجب على المتنبه من النوم وقول إنه واجب على المتنبه من نوم الليل دون نوم النهار . والسبب في اختلافهم في ذلك اختلافهم من مفهوم الثابت من حديث أبي هريرة أنه عليه الصلاة والسلام قال : اذا استيقظ أحدكم من نومه فليغسل يديه قبل أن يدخلها الاناء فان أحدكم لا يدرى أين باتت يده وفي بعض رواياته فليغسلها ثلاثا فمن لم ير بين الزيادة الواردة في هذا الحديث على ما في آية الوضوء معارضة وبين آية الوضوء حمل لفظ الامر هاهنا على ظاهره من الوجوب وجعل ذلك فرضا من فروض الوضوء ومن فهم من هؤلاء من لفظ البيات نوم الليل أوجب ذلك من نوم الليل فقط ومن لم يفهم منه ذلك وانما فهم منه النوم فقط أوجب ذلك على كل مستيقظ من النوم نهارا أوليلا ومن رأى أن بين هذه الزيادة والآية تعارضا إذ كان ظاهر الآية المقصود منه حصر فروض الوضوء كان وجه الجمع بينهما عنده أن يخرج لفظ الأمر عن ظاهره الذي هو الوجوب الى الندب ومن تأكد عنده هذا الندب لمثابرته عليه الصلاة والسلام على ذلك قال أنه من جنس السنن ومن لم يتأكد عنده هذا الندب قال ان ذلك من جنس المندوب المستحب وهؤلاء غسل اليد عندهم بهذه الحال اذا تيقن طهارتها أعنى من يقول أن ذلك سنة ومن يقول أنه ندب ومن لم يفهم من هؤلاء من هذا الحديث علة توجب عنده أن يكون من باب الخاص أريد به العام كان ذلك عنده مندوباً للمستيقظ من النوم فقط ومن فهم منه علة الشك وجعله من باب الخاص أريد به العام كان ذلك عنده للشاك لأنه في معنى النائم . والظاهر من هذا الحديث أنه لم يقصد به حكم اليد في الوضوء وانما قصد به حكم الماء الذى يتوضأ به اذ كان الماء مشترطا فيه الطهارة . وأما ما نقل من غسله صلى الله عليه وسلم يديه قبل ادخالهما في الاناء في أكثر أحيانه فيحتمل أن يكون من حكم اليد على أن يكون غسلها في الابتداء من أفعال الوضوء ويحتمل أن يكون من حكم الماء أعنى أن لا ينجس أو يقع فيه شك ان قلنا ان الشك مؤثر .

(المسئلة الثالثة من الاركان) اختلفوا في المضمضة والاستنشاق في الوضوء على ثلاثة أقوال:

قول انهما سلتان في الوضوء وهو قول مالك والشافعي وأبي حنيفة ، وقول أنها فرض فيه وبه قال ابن أبي ليلى وجماعة من أصحاب داود ، وقول ان الاستنشاق فرض والمضمضة سنة وبه قال أبو ثور وأبو عبيد وجماعة من أهل الظاهر . وسبب اختلافهم في كونها فرضا أو سنة اختلافهم في السنن الواردة في ذلك هل هي زيادة تقتضي معارضة آية الوضوء أولا تقتضي ذلك فمن رأى أن هذه الزيادة ان حملت على الوجوب اقتضت معارضة الآية اذ المقصود من الآية تأصيل هذا الحكم وتبيينه أخرجها من باب الوجوب الى باب الندب ومن لم ير أنها تقتضي معارضة حملها على الظاهر من الوجوب ومن استوت عنده هذه الاقوال والافعال في حملها على الوجوب لم يفرق بين المضمضة والاستنشاق ومن كان عنده القول محمولا على الوجوب والفعل محمولا على الندب فرق بين المضمضة والاستنشاق وذلك ان المضمضة نقلت من فعله عليه الصلاة والسلام ولم تنقل من أمره وأما الاستنشاق فمن أمره عليه الصلاة والسلام وفعله وهو قوله عليه الصلاة والسلام اذا توضأ أحدكم فليجعل في أنفه ماء ثم لينثر ومن استجمر فليوتر خرجه مالك في موطأه والبخارى في صحيحه من حديث ابى هريرة .

(المسئلة الرابعة من تحديد المحال) اتفق العلماء على ان غسل الوجه بالجملة من فرائض الوضوء لقوله تعالى (فاغسلوا وجوهكم) واختلفوا منه في ثلاثة مواضع في غسل البياض الذى بين العذار والاذن وفي غسل ما انسدل من اللحية وفي تخليل اللحية ، فالمشهور من مذهب مالك انه ليس البياض الذى بين العذار والاذن من الوجه وقد قيل في المذهب بالفرق بين الامرد والملتحى فيكون في المذهب في ذلك ثلاثة أقوال وقال ابو حنيفة والشافعى هو من الوجه . واما ما انسدل من اللحية فذهب مالك الى وجوب امرار الله عليه ولم يوجبه ابو حنيفة ولا الشافعى في احد قوليه . وسبب اختلافهم في هاتين المسئلتين هو خفاء تناول اسم الوجه لهذين الموضعين اعنى هل يتناولهما او لا يتناولهما وأما تخليل اللحية فمذهب مالك انه ليس واجبا وبه قال ابو حنيفة والشافعى في الوضوء وأوجبه ابن عبد الحكم من اصحاب مالك . وسبب اختلافهم في ذلك اختلافهم في صحة الآثار التى ورد فيها الامر بتخليل اللحية والاكثر على انها غير صحيحة مع ان الآثار الصحاح التى ورد فيها صفة وضوءه عليه الصلاة والسلام ليس في شيء منها التخليل .

(المسئلة الخامسة من التحديد) اتفق العلماء على ان غسل اليدين والذراعين من فروض الوضوء لقوله تعالى (وايديكم الى المرافق) واختلفوا في ادخال المرافق فيها فذهب الجمهور مالك والشافعى وأبو حنيفة الى وجوب ادخالها وذهب بعض اهل الظاهر وبعض متأخرى أصحاب مالك والطبرى الى انه لا يجب ادخالها في الغسل . والسبب في اختلافهم في ذلك

الاشتراك الذى في حرف الى وفى اسم اليد في كلام العرب وذلك ان حرف الى مرة يدل في كلام العرب على الغاية ومرة يكون بمعنى مع ، واليد أيضا في كلام العرب تطلق على ثلاثة معان ؛ على الكف فقط ؛ وعلى الكف والذراع ؛ وعلى الكف والذراع والعضد . فمن جعل الى بمعنى مع أوفهم من اليد مجموع الثلاثة الاعضاء أوجب دخولها في الغسل ومن فهم من الى الغاية ومن اليد مادون المرفق ولم يكن الحد عنده داخلا في المحدود لم يدخلها فى الغسل وخرج مسلم في صحيحه عن أبى هريرة أنه غسل يده اليمنى حتى أشرع في العضد ثم اليسرى كذلك ثم غسل رجله اليمنى حتى أشرع في الساق ثم غسل اليسرى كذلك ثم قال هكذا رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يتوضأ وهو حجة لقول من أوجب ادخالهما فى الغسل لانه إذا تردد اللفظ بين المعنيين على السواء وجب ان لايصار الى أحد المعنيين الا بدليل وان كانت الى فى كلام العرب أظهر في معنى الغاية منها في معنى مع وكذلك اسم اليد أظهر فيما دون العضد منه فيما فوق العضد فقول من لم يدخلهما من جهة الدلالة اللفظية أرجح وقول من أدخلهما من جهة هذا الاثر ابين الا ان يحمل هذا الاثر على الندب والمسئلة محتملة كما ترى وقد قال قوم ان الغاية اذا كانت من جنس ذى الغاية دخلت فيـه وان لم تكن من جنسه لم تدخل فيه

(المسئلة السادسة من التحديد) اتفق العلماء على ان مسح الرأس من فروض الوضوء واختلفوا في القدر المجزى منه فذهب مالك الى ان الواجب مسحه كله وذهب الشافعى وبعض أصحاب مالك وابو حنيفة الى ان مسح بعضه هو الفرض ومن اصحاب مالك من حد هذا البعض بالثلث ومنهم من حده بالثلثين واما ابو حنيفة فحده بالربع وحد مع هذا القدر من اليد الذى يكون به المسح فقال ان مسحه بأقل من ثلاثة اصابع لم يجزه. واما الشافعى فلم يحـد في المـاسح ولا فى الممسوح حـداً وأصـل الاختلاف في هذا الاشتراك الذى في الباء فى كلام العرب وذلك انها مرة تكون زائدة مثل قوله تعـالى (تنبت بالدهن) على قراءة من قرأ تنبت بضم التاء وكسر الباء من أنبت ومرة تدل على التبعيض مثل قول القائل أخذت بثوبه وبعضده ولامعنى لانـكار هذا فى كلام العرب أعنى كون الباء مبعضة وهو قول الكوفيين من النحويين فمن رآها زائدة اوجب مسـح الرأس كله ومعنى الزائدة هاهنا كونها مؤكدة ومن رآها مبعضـة اوجب مسح بعضه وقد احتج من رجح هـذا المفهوم بحديث المغيرة ان النبى عليه الصلاة والسلام توضأ فمسح بناصيته وعلى العمامة خرجه مسلم وان سلمنا ان الباء زائدة بقى هاهنا ايضا احتمال آخر وهو هل الواجب الأخذ بأوائل الاسماء او بأواخرها .

(المسئله السابعة من الاعداد) اتفق العلماء على ان الواجب من طهارة الاعضاء المغسولة

هو مرة مرة اذا اسبغ وان الاثنين والثلاث مندوب اليهما لما صح انه صلى الله عليه وسلم توضأ مرة مرة وتوضأ مرتين مرتين وتوضأ ثلاثا ثلاثا ولان الامر ليس يقتضي الا الفعل مرة مرة أعني الامر الوارد في الغسل في آية الوضوء واختلفوا في تكرير مسح الرأس هل هو فضيلة أم ليس في تكريره فضيلة فذهب الشافعي الى انه من توضأ ثلاثا ثلاثا يمسح رأسه أيضا ثلاثا وأكثر الفقهاء يرون ان المسح لا فضيلة في تكريره . وسبب اختلافهم في ذلك اختلافهم في قبول الزيادة الواردة في الحديث الواحد اذا أتت من طريق واحد ولم يروها الاكثر وذلك ان أكثر الاحاديث التي روى فيها أنه توضأ ثلاثا ثلاثا من حديث عثمان وغيره لم ينقل فيها الا انه مسح واحدة فقط وفي بعض الروايات عن عثمان في صفة وضوئه أنه عليه الصلاة والسلام مسح برأسه ثلاثا وعضد الشافعي وجوب قبول هذه الزيادة بظاهر عموم ماروى أنه عليه الصلاة والسلام توضأ مرة مرة ومرتين مرتين وثلاثا ثلاثا وذلك ان المفهوم من عموم هذا اللفظ وان كان من لفظ الصحابي هو حمله على سائر أعضاء الوضوء الا أن هذه الزيادة ليست في الصحيحين فان صحت يجب المصير اليها لان من سكت عن شيء ليس هو بحجة على من ذكره وأكثر العلماء أوجب تجديد الماء لمسح الرأس قياسا على سائر الاعضاء وروى عن ابن الماجشون أنه قال اذا نفذ الماء مسح رأسه ببلل لحيته وهو اختيار ابن حبيب ومالك والشافعي ويستحب في صفة المسح ان يبدأ بمقدم رأسه فيمر يديه الى قفاه ثم يردهما الى حيث بدأ على مافي حديث عبد الله بن زيد الثابت وبعض العلماء يختار ان يبدأ من مؤخر الراس وذلك ايضا مروى من صفة وضوءه عليه الصلاة والسلام من حديث الربيع بنت معوذ الا انه لم يثبت في الصحيحين .

(المسئلة الثامنة من تعيين المحال) اختلف العلماء في المسح على العمامة فأجاز ذلك احمد بن حنبل وابو ثور والقاسم بن سلام وجماعة ومنع من ذلك جماعة منهم مالك والشافعي وأبو حنيفة وسبب اختلافهم في ذلك اختلافهم في وجوب العمل بالاثر الوارد في ذلك من حديث المغيرة وغيره انه عليه الصلاة والسلام مسح بناصيته وعلى العمامة وقياسا على الخف ولذلك اشترط أكثرهم لبسها على طهارة وهذا الحديث انما رده من رده اما لانه لم يصح عنده واما لان ظاهر الكتاب عارضه عنده أعني الامر فيه بمسح الرأس واما لانه لم يشتهر العمل به عند من يشترط اشتهار العمل فيما نقل من طريق الآحاد وبخاصة في المدينة على المعلوم من مذهب مالك أنه راعى اشتهار العمل وهو حديث خرجه مسلم وقال فيه أبو عمر بن عبد البر انه حديث معلول وفي بعض طرقه أنه مسح على العمامة ولم يذكر الناصية ولذلك لم يشترط بعض العلماء في المسح على العمامة المسح على الناصية اذ لا يجتمع الاصل والبدل في فعل واحد

﴿ المسئلة التاسعة من الاركان ﴾ اختلفوا في مسح الاذنين هل هو سنة أو فريضة وهل يجدد لهما الماء أم لا فذهب بعض الناس الى أنه فريضة وأنه يجدد لهما الماء وممن قال بهذا القول جماعة من أصحاب مالك ويتأولون مع هـذا أنه مذهب مالك لقوله فيهما انهما من الرأس وقال أبو حنيفة وأصحابه مسحهما فرض كذلك (١) الا انهما يمسحان مع الرأس بماء واحـد وقال الشافعى مسحهما سنة ويجدد لهما الماء وقال بهذا القول جماعة أيضا من أصحاب مالك ويتأولون أيضا أنه قوله لما روى عنـه أنه قال حكم مسحهما حكم المضمضة . وأصل اختلافهم فى كون مسحهما سنة أو فرضا اختلافهم في الآثار الواردة بذلك أعنى مسحه عليه الصلاة والسلام أذنيه هل هي زيادة على مافي الكتاب من مسح الرأس فيكون حكمهما ان يحمل على الندب لمكان التعارض الذى يتخيل بينهما وبين الآية ان حملت على الوجوب أم هي مبينة للمجمل الذى في الكتاب فيكون حكمهما حكم الرأس في الوجوب فمن أوجبها جعلها مبينة لمجمل الكتاب ومن لم يوجبها جعلها زائدة كالمضمضة . والآثار الواردة بذلك كثيرة وان كانت لم تثبت في الصحيحين فهى قد اشتهر العمل بها . وأما اختلافهم في تجديد الماء لهما فسببه ترددالأذنين بين ان يكونا عضواً مفردا بذاته من أعضاء الوضوء أو يكون جزأ من الرأس وقد شذ قوم فذهبوا الى انهما يغسلان مع الوجه وذهب آخرون الى أنه يمسح باطنهما مع الرأس ويغسل ظاهرهما مع الوجه وذلك لتردد هذا العضو بين أن يكون جزأ من الوجه أو جزأ من الرأس وهذا لا معنى له مع اشتهار الآثار في ذلك بالمسح واشتهار العمل به والشافعى يستحب فيهما التكرار كما يستحبه في مسح الرأس .

﴿ المسئلة العاشرة من الصـفات ﴾ اتفق العلماء على ان الرجلين من أعضاء الوضوء واختلفوا في نوع طهارتهما فقال قوم طهارتهما الغسل وهم الجمهور وقال قوم فرضهما المسح وقال قوم بل طهارتهما تجوز بالنوعين الغسل والمسـح وان ذلك راجع الى اختيار المكلف . وسبب اختلافهم القراءتان المشهورتان في آية الوضوء أعنى قراءة من قرأ وأرجلـكم بالنصب عطفا على المغسول وقراءة من قرأ وأرجلكم بالخفض عطفا على الممسـوح وذلك أن قراءة النصب ظاهرة في الغسـل وقراءة الخفض ظاهرة فى المسح كظهور تلك في الغسل فمن ذهب الى ان فرضهما واحد من هاتين الطهارتين على التعيين اما الغسل واما المسح ذهب الى ترجيح ظاهر احدى القراءتين على القراءة الثانية وصرف بالتأويل ظاهر القراءة الثانية الى معنى ظاهر القراءة التى ترجحت عنده ومن اعتقد ان دلالة كل واحدة من القراءتين على ظاهرها على السواء وانه

(١) انظر هذا فان المقرر في مذهب ابي حنيفة ان مسحهما سنة لا فرض

ليست احداهما على ظاهرها أدل من الثانية على ظاهرها أيضا حمل ذلك من الواجب المخير ككفارة اليمين وغير ذلك وبه قال الطبرى وداود وللجمهور تأويلات فى قراءة الخفض أجودها ان ذلك عطف على اللفظ لا على المعنى اذ كان ذلك موجودا في كلام العرب مثل قول الشاعر :

(لعب الزمان بها وغيرها ☆ بعدى سوافي المور والقطر)

بالخفض ولو عطف على المعنى لرفع القطر وأما الفريق الثانى وهم الذين أوجبوا المسح فانهم تأولوا قراءة النصب على انها عطف على الموضع كما قال الشاعر:

☆ فلسنا بالجبال ولا الحديدا ☆ وقد رجح الجمهور قراءتهم هذه بالثابت عنه عليه الصلاة والسلام اذ قال في قوم لم يستوفوا غسل أقدامهم في الوضوء : ويل للاعقاب من النار قالوا فهذا يدل على ان الغسل هو الفرض لان الواجب هو الذى يتعلق بتركه العقاب وهذا ليس فيه حجة لانه انما وقع الوعيد على أنهم تركوا أعقابهم دون غسل ولا شك ان من شرع فى الغسل ففرضه الغسل في جميع القدم كما ان من شرع في المسح ففرضه المسح عند من يخير بين الامرين.

وقد يدل على هذا ما جاء فى أثر آخر خرجه أيضا مسلم أنه قال : فجعلنا نمسح على أرجلنا فنادى ويل للاعقاب من النار وهذا الاثر وان كانت العادة قد جرت بالاحتجاج به فى منع المسح فهو أدل على جوازه منه على منعه لان الوعيد انما تعلق فيه بترك التعميم لا بنوع الطهارة بل سكت عن نوعها وذلك دليل على جوازها وجواز المسح هو أيضا مروى عن بعض الصحابة والتابعين ولكن من طريق المعنى فالغسل اشد مناسبة للقدمين من المسح كما أن المسح أشد مناسبة للرأس من الغسل اذ كانت القدمان لا ينقى دنسهما غالبا الا بالغسل و ينقى دنس الرأس بالمسح وذلك أيضا غالب والمصالح المعقولة لا يمتنع أن تكون أسبابا للعبادات المفروضة حتى يكون الشرع لاحظ فيهما معنيين معنى مصلحيا ومعنى عباديا واعنى بالمصلحى ما رجع الى الامور المحسوسة وبالعبادى ما رجع الى زكاة النفس. وكذلك اختلفوا في الكعبين هل يدخلان في المسح اوفي الغسل عند من اجاز المسح. وأصل اختلافهم الاشتراك الذى في حرف الى اعنى في قوله تعالى (وأرجلكم الى الكعبين) وقد تقدم القول في اشتراك هذا الحرف فى قوله تعالى(الى المرفقين) لكن الاشتراك وقع هنالك من جهتين من اشتراك اسم اليد ومن اشتراك حرف الى وهنا من قبل اشتراك حرف الى فقط. وقد اختلفوا في الكعب ما هو وذلك لاشتراك اسم الكعب واختلاف أهل اللغة فى دلالته فقيل هما العظمان اللذان عند معقد الشراك وقيل هما العظمان الناتئان في طرف الساق. ولا خلاف في ما أحسب في دخولهما في

الغسل عند من يرى أنهما عند معقد الشراك اذا كانا جزأ من القدم ولذلك قال قوم انه اذا كان الحد من جنس المحدود دخلت الغاية فيه أعنى الشيء الذى يدل عليه حرف الى واذا لم يكن من جنس المحدود لم يدخل فيه مثل قوله تعالى (ثم أتموا الصيام الى الليل)

(المسئلة الحادية عشرة من الشروط) اختلفوا فى وجوب ترتيب أفعال الوضوء على نسق الآية فقال قوم هو سنة وهو الذى حكاه المتأخرون من أصحاب مالك عن المذهب وبه قال أبو حنيفة والثورى وداود وقال قوم هو فريضة وبه قال الشافعى واحمد وأبو عبيد وهذا كله فى ترتيب المفروض مع المفروض وأما ترتيب الافعال المفروضة مع الافعال المسنونة فهو عند مالك مستحب وقال أبو حنيفة هو سنة . وسبب اختلافهم شيئان ، أحدهما الاشتراك الذى فى واو العطف وذلك انه قد يعطف بها الاشياء المرتبة بعضها على بعض وقد يعطف بها غير المرتبة وذلك ظاهر من استقراء كلام العرب ولذلك انقسم النحويون فيها قسمين فقال نحاة البصرة ليس تقتضى نسقا ولا ترتيبا وانما تقتضى الجمع فقط ، وقال الكوفيون بل تقتضى النسق والترتيب فمن رأى أن الواو فى آية الوضوء تقتضى الترتيب قال بايجاب الترتيب ومن رأى أنها لا تقتضى لم يقل بايجابه ، والسبب الثانى اختلافهم فى أفعاله عليه الصلاة والسلام هل هى محمولة على الوجوب أو على الندب فمن حملها على الوجوب قال بوجوب الترتيب لانه لم يرو عنه عليه الصلاة والسلام انه توضأ قط الا مرتباً ومن حملها على الندب قال ان الترتيب سنة ومن فرق بين المسنون والمفروض من الافعال قال ان الترتيب الواجب انما ينبغى أن يكون فى الافعال الواجبة ومن لم يفرق قال ان الشروط الواجبة قد تكون فى الافعال التى ليست واجبة .

(المسئلة الثانية عشرة من الشروط) اختلفوا فى الموالاة فى أفعال الوضوء فذهب مالك الى أن الموالاة فرض مع الذكر ومع القدرة ساقطة مع النسيان ومع الذكر عند العذر ما لم يتفاحش التفاوت وذهب الشافعى وأبو حنيفة الى أن الموالاة ليست من واجبات الوضوء . والسبب فى ذلك الاشتراك الذى فى الواو أيضا وذلك أنه قد يعطف بها الاشياء المتتابعة المتلاحقة بعضها على بعض وقد يعطف بها الاشياء المتراخية بعضها عن بعض وقد احتج قوم لسقوط الموالاة بما ثبت عنه عليه الصلاة والسلام أنه كان يتوضأ فى أول طهوره ويؤخر غسل رجليه الى آخر الطهر وقد يدخل الخلاف فى هذه المسئلة أيضا فى الاختلاف فى حمل الافعال على الوجوب أو على الندب وانما فرق مالك بين العمد والنسيان لان الناسى الاصل فيه فى الشرع انه معفو عنه الى ان يقوم الدليل على غير ذلك لقوله عليه الصلاة والسلام رفع عن أمتى الخطأ

والنسيان وكذلك العذر يظهر من امر الشرع أن له تأثيرا في التخفيف وقد ذهب قوم الى أن التسمية من فروض الوضوء واحتجوا لذلك بالحديث المرفوع وهو قوله عليه الصلاة والسلام: لا وضوء لمن لم يسم الله وهذا الحديث لم يصح عند أهل النقل وقد حمله بعضهم على أن المراد به النية وبعضهم حمله على الندب فيما أحسب ؛ فهذه مشهورات المسائل التي تجرى من هذا الباب مجرى الاصول وهي كما قلنا متعلقة اما بصفات أفعال هذه الطهارة واما بتحديد مواضعها واما بتعريف شروطها وأركانها وسائر ما ذكر.

ومما يتعلق بهذا الباب مسح الخفين اذ كان من أفعال الوضوء. والكلام المحيط باصوله يتعلق بالنظر في سبع مسائل بالنظر في جوازه وفي تحديد محله وفي تعيين محله وفي صفته أعني صفة المحل وفي توقيته وفي شروطه وفي نواقضه.

(المسئلة الاولى) فاما الجواز ففيه ثلاثة أقوال ، القول المشهور أنه جائز على الاطلاق وبه قال جمهور فقهاء الامصار ،والقول الثاني جوازه في السفر دون الحضر ،والقول الثالث منع جوازه باطلاق وهو أشذها والاقاويل الثلاثة مروية عن الصدر الاول وعن مالك . والسبب في اختلافهم ما يظن من معارضة آية الوضوء الوارد فيها الامر بغسل الارجل للآثار التي وردت في المسح مع تأخر آية الوضوء وهذا الخلاف كان بين الصحابة في الصدر الاول فكان منهم من يرى أن آية الوضوء ناسخة لتلك الآثار وهومذهب ابن عباس . واحتج القائلون بجوازه بما رواه مسلم انه كان يعجبهم حديث جرير وذلك أنه روى أنه رأى النبي عليه الصلاة والسلام: يمسح على الخفين فقيل له انما كان ذلك قبل نزول المائدة فقال ما أسلمت الا بعد نزول المائدة . وقال المتأخرون القائلون بجوازه ليس بين الآية والآثار تعارض لان الامر بالغسل انما هو متوجه الى من لاخف له والرخصة انما هي للابس الخف وقيل إن تأويل قراءة الارجل بالخفض هو المسح على الخفين وأما من فرق بين السفر والحضر فلان أكثر الآثار الصحاح الواردة في مسحه عليه الصلاة والسلام انما كانت في السفر مع أن السفر مشعر بالرخصة والتخفيف والمسح على الخفين هو من باب التخفيف فان نزعه مما يشق على المسافر.

(المسئله الثانية) وأما تحديد المحل فاختلف فيه أيضا فقهاء الامصار فقال قوم ان الواجب من ذلك مسح أعلى الخف وان مسح الباطن أعني أسفل الخف مستحب ومالك أحد من رأى هذا والشافعي ومنهم من أوجب مسح ظهورهما وبطونهما وهو مذهب ابن نافع من أصحاب مالك ومنهم من أوجب مسح الظهور فقط ولم يستحب مسح البطون وهو مذهب أبي حنيفة وداود وسفيان وجماعة وشذ أشهب فقال ان الواجب مسح الباطن أو الاعلى

أيهما مسح . وسبب اختلافهم تعارض الآثار الواردة في ذلك وتشبيه المسح بالغسل وذلك أن في ذلك أثرين متعارضين . أحدهما حديث المغيرة بن شعبة وفيه أنه صلى الله عليه وسلم : مسح أعلى الخف وباطنه والآخر حديث علي. لو كان الدين بالرأي لكان أسفل الخف أولى بالمسح من أعلاه وقد رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم . يمسح على ظاهر خفيه فمن ذهب مذهب الجمع بين الحديثين حمل حديث المغيرة على الاستحباب وحديث علي على الوجوب وهي طريقة حسنة ومن ذهب مذهب الترجيح أخذ اما بحديث علي واما بحديث المغيرة فمن رجح حديث المغيرة على حديث علي رجحه من قبل القياس أعني قياس المسح على الغسل ومن رجح حديث علي رجحه من قبل مخالفته للقياس أومن جهة السند والاسعد في هذه المسألة هو مالك . وأما من أجاز الاقتصار على مسح الباطن فقط فلا أعلم له حجة لانه لاهذا الاثر أتبع ولاهذا القياس استعمل أعني قياس المسح على الغسل .

(المسألة الثالثة) وأما نوع محل المسح فان الفقهاء القائلين بالمسح اتفقوا على جواز المسح على الخفين واختلفوا في المسح على الجوربين فاجاز ذلك قوم ومنعه قوم وممن منع ذلك مالك والشافعي وأبو حنيفة وممن أجاز ذلك أبو يوسف ومحمد صاحبا أبي حنيفة وسفيان الثوري .وسبب اختلافهم اختلافهم في صحة الاثار الواردة عنه عليه الصلاة والسلام. أنه مسح على الجوربين والنعلين واختلافهم أيضا في هل يقاس على الخف غيره أم هي عبادة لايقاس عليها ولا يتعدى بها محلها فمن لم يصح عنده الحديث أو لم يبلغه ولم ير القياس على الخف قصر المسح عليه ومن صح عنده الاثر أوجوز القياس على الخف أجاز المسح على الجوربين وهذا الاثر لم يخرجه الشيخان أعني البخاري ومسلما وصححه الترمذي ولتردد الجوربين بين المجلدين بين الخف والجورب غير المجلد عن مالك في المسح عليهما روايتان احداهما بالمنع والاخرى بالجواز

(المسألة الرابعة) وأما صفة الخف فانهم اتفقوا على جواز المسح على الخف الصحيح واختلفوا في المخرق فقال مالك وأصحابه يمسح عليه اذا كان الخرق يسيراً وحدد أبو حنيفة بما يكون الظاهر منه أقل من ثلاثة أصابع وقال قوم بجواز المسح على الخف المنخرق ما دام يسمى خفا وان تفاحش خرقه وممن روى عنه ذلك الثوري ومنع الشافعي أن يكون في مقدم الخف خرق يظهر منه القدم ولو كان يسيرا في أحد القولين عنه . وسبب اختلافهم في ذلك اختلافهم في انتقال الفرض من الغسل الى المسح هل هو لموضع الستر أعني ستر الخف القدمين أم هو لموضع المشقة في نزع الخفين فمن رآه لموضع الستر لم يجز المسح على الخف المنخرق لانه اذا

انكشف من القدم شيء انتقل فرضها من المسح الى الغسل ومن رأى ان العلة في ذلك المشقة لم يعتبر الخرق مادام يسمى خفا . وأما التفريق بين الخرق الكثير واليسير فاستحسان ورفع للحرج . وقال الثوري كانت خفاف المهاجرين والانصار لاتسلم من الخروق كخفاف الناس فلو كان في ذلك حظر لورد ونقل عنهم . قلت هذه المسئلة هي مسكوت عنها فلو كان فيها حكم مع عموم الا بتلاء به لبينه صلى الله عليه وسلم وقد قال تعالى (لتبين للناس مانزل اليهم)

(المسئلة الخامسة) وأما التوقيت فان الفقهاء أيضا اختلفوا فيه فرأى مالك أن ذلك غير موقت وان لابس الخف يمسح عليهما مالم ينزعهما أوتصيبه جنابة وذهب أبوحنيفة والشافعي الى ذلك موقت والسبب فى اختلافهم اختلاف الاثار في ذلك وذلك أنه ورد في ذلك ثلاثة أحاديث . أحدها حديث على عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال . جعل رسول الله صلى الله عليه وسلم ثلاثة أيام ولياليهن للمسافر ويوما وليلة للمقيم خرجه مسلم . والثاني حديث أبي بن عمارة أنه قال . يارسول الله أأمسح على الخف قال نعم قال يوما قال نعم قال ويومين قال نعم قال وثلاثة قال نعم حتى بلغ سبعا ثم قال أمسح مابدالك خرجه أبو داود والطحاوي والثالث حديث صفوان بن عسال قال . كنا في سفر فامرنا ألا ننزع خفافنا ثلاثة أيام ولياليهن الامن جنابة ولكن من بول أونوم أوغائط (١) (قلت) أما حديث على فصحيح خرجه مسلم وأما حديث أبي بن عمارة فقال فيه أبو عمر بن عبد البر انه حديث لايثبت وليس له اسناد قائم ولذلك ليس ينبغي أن يعارض به حديث على وأما حديث صفوان بن عسال فهو وان كان لم يخرجه البخاري ولامسلم فانه قد صححه قوم من أهل العلم بالحديث الترمذي وأبو محمد بن حزم وهو بظاهره معارض بدليل الخطاب لحديث أبي كحديث على وقد يحتمل ان يجمع بينهما بأن يقال ان حديث صفوان وحديث على خرجا مخرج السؤال عن التوقيت وحديث أبي بن عمارة نص في ترك التوقيت لكن حديث أبي لم يثبت بعد فعلى هذا يجب العمل بحديثي على وصفوان وهو الاظهر الا ان دليل الخطاب فيهما يعارضه القياس وهو كون التوقيت غير مؤثر فى نقض الطهارة لان النواقض هي الاحداث .

(المسئلة السادسة) وأما شرط المسح على الخفين فهو ان تكون الرجلان طاهرتين بطهر الوضوء وذلك شيء مجمع عليه الا خلافا شاذا وقد روى عن ابن القاسم عن

(١) هكذا رواية الترمذي ورواية النسائي ثلاثة أيام بلياليهن من غائط وبول ونوم الامن جنابة

مالك ذكره ابن لبابة في المنتخب وانما قال به الأكثر لثبوته في حديث المغيرة وغيره اذ أراد أن ينزع الخف عنه فقال عليه الصلاة والسلام : دعهما فاني أدخلتهما وهما طاهرتان والمخالف حمل هذه الطهارة على الطهارة اللغوية . واختلف الفقهاء من هذا الباب فيمن غسل رجليه ولبس خفيه ثم أتم وضوءه هل يمسح عليهما فمن لم ير ان الترتيب واجب ورأى ان الطهارة تصح لكل عضو قبل ان تكمل الطهارة لجميع الاعضاء قال بجواز ذلك ومن رأى أن الترتيب واجب وأنه لا تصح طهارة العضو الا بعد طهارة جميع أعضاء الطهارة لم يجز ذلك وبالقول الاول قال أبو حنيفة وبالثاني قال الشافعي ومالك الا أن مالكا لم يمنع ذلك من جهة الترتيب وانما منعه من جهة أنه يرى أن الطهارة لا توجد للعضو الا بعد كمال جميع الطهارة وقد قال عليه الصلاة والسلام : وهما طاهرتان فاخبر عن الطهارة الشرعية وفي بعض روايات المغيرة : اذا أدخلت رجليك في الخف وهما طاهرتان فامسح عليهما وعلى هذه الاصول يتفرع الجواب فيمن لبس أحد خفيه بعد أن غسل احدى رجليه وقبل أن يغسل الاخرى فقال مالك لا يمسح على الخفين لانه لابس للخف قبل تمام الطهارة وهو قول الشافعي واحمد واسحق وقال أبو حنيفة والثوري والمزني والطبري وداود يجوز له المسح وبه قال جماعة من اصحاب مالك منهم مطرف وغيره وكلهم أجمعوا أنه لو نزع الخف الاول بعد غسل الرجل الثانية ثم لبسها جاز له المسح وهل من شرط المسح على الخف الا يكون على خف آخر عن مالك فيه قولان . وسبب الخلاف هل كما تنتقل طهارة القدم الى الخف اذا ستره الخف كذلك تنتقل طهارة الخف الاسفل الواجبة الى الخف الاعلى فمن شبه النقلة الثانية بالاولى أجاز المسح على الخف الاعلى ومن لم يشبهها بها وظهر له الفرق لم يجز ذلك.

(المسئلة السابعة) فاما نواقض هذه الطهارة فانهم أجمعوا على أنها نواقض الوضوء بعينها واختلفوا هل نزع الخف ناقض لهذه الطهارة أم لا فقال قوم ان نزعه وغسل قدميه فطهارته باقية وان لم يغسلها وصلى اعاد الصلاة بعد غسل قدميه وممن قال بذلك مالك وأصحابه والشافعي وابو حنيفة الا ان مالكا رأى أنه إن أخر ذلك استأنف الوضوء على رأيه في وجوب الموالاة على الشرط الذي تقدم وقال قوم طهارته باقية حتى يحدث حدثا ينقض الوضوء وليس عليه غسل وممن قال بهذا القول داود وابن ابي ليلى وقال الحسن بن حي اذا نزع خفيه فقد بطلت طهارته وبكل واحد من هذه الاقوال الثلاثة قالت طائفة من فقهاء التابعين وهذه المسئلة هي مسكوت عنها . وسبب اختلافهم هل المسح على الخفين هو اصل بذاته في الطهارة اوبدل من غسل القدمين عند

غيبوبتهما في الخفين فان قلنا هو أصل بذاته فالطهارة باقية وان نزع الخفين كمن قطعت رجلاه بعد غسلهما وان قلنا انه بدل فيحتمل ان يقال اذا نزع الخف بطلت الطهارة ان كنا نشترط الفور ويحتمل ان يقال ان غسلهما اجزأت الطهارة اذا لم يشترط الفور وأما اشتراط الفور من حين نزع الخف فضعيف وانما هو شيء يتخيله فهذا ما رأينا أن نثبته في هذا الباب ·

الباب الثالث فى المياه

والاصل في وجوب الطهارة بالمياه قوله تعالى (وينزل عليكم من السماء ماء ليطهركم به) وقوله (فلم تجدوا ماء فتيمموا صعيدا طيبا) وأجمع العلماء على ان جميع أنواع المياه طاهرة في نفسها مطهرة لغيرها الا ماء البحر فان فيه خلافا في الصدر الاول شاذاً وهم محجوجون بتناول اسم الماء المطلق له وبالاثر الذى خرجه مالك وهو قوله عليه الصلاة والسلام في البحر هو الطهور ماؤه الحل ميتته وهو وان كان حديثا مختلفا في صحته فظاهر الشرع يعضده وكذلك اجمعوا على ان كل ما يغير الماء مما لا ينفك عنه غالبا أنه لا يسلبه صفة الطهارة والتطهير الا خلافا شاذاً روى في الماء الآجن عن ابن سيرين وهو أيضا محجوج بتناول اسم الماء المطلق له . واتفقوا على ان الماء الذى غيرت النجاسة اما طعمه او لونه أو ريحه أو أكثر من واحد من هذه الاوصاف انه لا يجوز به الوضوء ولا الطهور . وا تفقوا على ان الماء الكثير المستبحر لا تضره النجاسة التى لم تغير احد اوصافه وانه طاهر فهذا ما أجمعوا عليه من هذا الباب . واختلفوا من ذلك في ست مسائل تجرى مجرى القواعد والاصول لهذا الباب .

(المسألة الاولى) اختلفوا في الماء اذا خالطته نجاسة ولم تغير أحد أوصافه فقال قوم هو طاهر سواء كان كثيرا أو قليلا وهي احدى الروايات عن مالك وبه قال أهل الظاهر وقال قوم بالفرق بين القليل والكثير فقالوا ان كان قليلا كان نجسا وان كان كثيرا لم يكن نجسا وهؤلاء اختلفوا في الحدين القليل والكثير فذهب أبو حنيفة الى ان الحد في هذا هو أن يكون الماء من الكثرة بحيث اذا حركه آدمى من أحد طرفيه لم تسر الحركة الى الطرف الثانى منه وذهب الشافعى الى ان الحد فى ذلك هو قلتان من قلال هجر وذلك نحو من خمسمائة رطل ومنهم من لم يحد فى ذلك حداً ولكن قال إن النجاسة تفسد قليل الماء وان لم تغير أحد أوصافه وهذا أيضا مروى عن مالك وقد روى أيضا ان هذا الماء مكروه فيتحصل عن مالك فى الماء اليسير تحله

النجاسةاليسيرة ثلاثة أقوال،قول ان النجاسة تفسده.وقول انها لاتفسده الاأن يتغير أحد أوصافه.وقول انه مكروه .وسبب اختلافهم في ذلكهو تعارض ظواهر الاحاديث الواردة في ذلك وذلك أن حديث أبى هريرة المتقدم وهو قوله عليه الصلاة والسلام اذا استيقظ أحدكم من نومه الحديث يفهم من ظاهره ان قليل النجاسة ينجس قليل الماء وكذلك أيضا حديث أبى هريرة الثابت عنه عليه الصلاة والسلام انه قال لايبولن أحدكم في الماء الدائم ثم يغتسل فيه فانه يوهم بظاهره أيضا ان قليل النجاسة ينجس قليل الماء وكذلك ماورد من النهى عن اغتسال الجنب في الماء الدائم وأما حديث أنس الثابت أن اعرابيا قام الى ناحية من المسجد فبال فيها فصاح به الناس فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم دعوه فلما فرغ أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بذنوب ماء فصب على بوله فظاهره ان قليل النجاسة لا يفسد قليل الماء اذ معلوم ان ذلك الموضع قد طهر من ذلك الذنوب وحديث أبى سعيد الخدرى كذلك أيضا خرجه أبو داود وقال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقال له انه يستقى من بئر بضاعة وهي بئر يلقى فيها لحوم الكلاب والمحائض وعذرة الناس فقال النبي عليه الصلاة والسلام . ان الماء لا ينجسه شئ فرام العلماء الجمع بين هذه الاحاديث . واختلفوا في طريق الجمع فاختلفت لذلك مذاهبهم فمن ذهب الى القول بظاهر حديث الاعرابى وحديث أبى سعيد قال ان حديثى أبى هريرة غير معقولى المعنى وامتثال ما تضمناه عبادة لا لان ذلك الماء ينجس حتى ان الظاهرية أفرطت في ذلك فقالت لوصب البول انسان في ذلك الماء من قدح لما كره الغسل به والوضوء فجمع بينهما على هذا الوجه من قال هذا القول ومن كره الماء القليل تحله النجاسة اليسيرة جمع بين الاحاديث فانه حمل حديثى أبى هريرة على الكراهية وحمل حديث الاعرابى وحديث أبى سعيد على ظاهرهما أعنى على الاجزاء وأما الشافعى وأبو حنيفة فجمعا بين حديثى أبى هريرة وحديث أبى سعيد الخدرى بان حملا حديثى أبى هريرة على الماء القليل وحديث أبى سعيد على الماء الكثير. وذهب الشافعى الى ان الحد في ذلك الذى يجمع الاحاديث هو ماورد في حديث عبد الله بن عمر عن أبيه خرجه أبو داود والترمذى وصححه أبو محمد بن حزم قال سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الماء وما ينوبه من السباع والدواب فقال . ان كان الماء قلتين لم يحمل خبثا.وأما أبو حنيفة فذهب الى ان الحد في ذلك من جهة القياس وذلك انه اعتبر سريان النجاسة في جميع الماء بسريان الحركة فاذا كان الماء بحيث يظن أن النجاسة لايمكن فيها أن تسرى في جميعه فالماء طاهر لكن من ذهب هذين المذهبين فحديث الاعرابى المشهور معارض له ولابد فلذلك لجأت الشافعية الى أن فرقت بين ورود الما

على النجاسة وورود النجاسة على الماء فقالوا إن ورد عليها الماء كما في حديث الاعرابي لم ينجس وان وردت النجاسة على الماء كما في حديث أبي هريرة نجس وهذا تحكم وله اذا تأمل وجه من النظر وذلك انهم انما صاروا الى الاجماع على ان النجاسة اليسيرة لاتؤثر في الماء الكثير اذا كان الماء الكثير بحيث يتوهم أن النجاسة لا تسرى في جميع اجزائه وأنه يستحيل عينها عن الماء الكثير واذا كان ذلك كذلك فلا يبعد أن قدرا ما من الماء لوحله قدر ما من النجاسة لسرت فيه ولكان نجسا فاذا ورد ذلك الماء على النجاسة جزءاً فجزءاً فمعلوم انه تفنى عين تلك النجاسة وتذهب قبل فناء ذلك الماء وعلى هذا فيكون آخر جزء ورد من ذلك الماء قد طهر المحل لان نسبته إلى ماورد عليه مما بقي من النجاسة نسبة الماء الكثير الى القليل من النجاسة ولذلك كان العلم يقع في هذه الحال بذهاب عين النجاسة أعنى في وقوع الجزء الاخير الطاهر على آخر جزء يبقى من عين النجاسة ولهذا أجمعوا على أن مقدار مايتوضأ به يطهر قطرة البول الواقعة في الثوب أو البدن . واختلفوا اذا وقعت القطرة من البول في ذلك القدر من الماء . وأولى المذاهب عندى وأحسنها طريقة في الجمع هو ان يحمل حديث أبي هريرة وما في معناه على الكراهية وحديث أبي سعيد وأنس على الجواز لان هذا التأويل يبقى مفهوم الاحاديث على ظاهرها أعنى حديث أبي هريرة من أن المقصود بها تأثير النجاسة في الماء وحد الكراهية عندى هو ماتعافه النفس وترى انه ماء خبيث وذلك أن مايعاف الانسان شربه يجب أن يجتنب استعماله في القربة الى الله تعالى وان يعاف وروده على ظاهر بدنه كما يعاف وروده على داخله وأما من أحتج بانه لوكان قليل النجاسة ينجس قليل الماء لما كان الماء يطهر أحدا أبدا اذا كان يجب على هذا أن يكون المنفصل من الماء عن الشيء النجس المقصود تطهيره ابداًنجسا فقول لامعنى له لما بيناه من أن نسبة آخر جزء يرد من الماء على آخر جزء يبقى من النجاسة في المحل نسبة الماء الكثير الى النجاسة القليلة وان كان يعجب به كثير من المتاخرين فانا نعلم قطعا ان الماء الكثير يحيل النجاسة ويقلب عينها الى الطهارة ولذلك أجمع العلماء على ان الماء الكثير لاتفسده النجاسة القليلة فاذا تابع الغاسل صب الماء على المكان النجس أو العضو النجس فيحيل الماء ضرورة عين النجاسة بكثرته ولافرق بين الماء الكثير أن يرد على النجاسة الواحدة بعينها دفعة أو يرد عليها جزءاً بعد جزء فاذا هؤلاء انما احتجوا بموضع الاجماع على موضع الخلاف من حيث لم يشعروا بذلك والموضعان في غاية التباين . فهذا ماظهر لنا في هذه المسئلة من سبب اختلاف الناس فيها وترجيح أقوالهم فيها ولوددنا أن لوسلكنا في كل مسئلة هذا المسلك لكن رأينا أن هذا يقتضى

طولا وربما عاق الزمان عنه وان الاحوط هو ان نؤم الغرض الاول الذى قصدناه فان يسر الله تعالى فيه وكان لنا انفساح من العمر فسيتم هذا الغرض .

(المسئلة الثانية) الماء الذى خالطه زعفران أو غيره من الاشيا الطاهرة التى تنفك منه غالبا متى غيرت أحد أوصافه فانه طاهر عند جميع العلماء غير مطهر عند مالك والشافعى ومطهر عند أبى حنيفة مالم يكن التغير عن طبخ . وسبب اختلافهم هو خفاء تناول اسم الماء المطلق للماء الذى خالطه أمثال هذه الاشياء أعنى هل يتناوله أولا يتناوله فمن رأى أنه لا يتناوله اسم الماء المطلق وانما يضاف الى الشىء الذى خالطه فيقال ماء كذا لا ماء مطلق لم يجز الوضوء به اذ كان الوضوء انما يكون بالماء المطلق ومن رأى انه يتناوله اسم الماء المطلق أجاز به الوضوء ولظهور عدم تناول الماء المطبوخ مع شىء طاهر اتفقوا على أنه لا يجوز الوضوء به وكذلك مياه النبات المستخرجة منه الا مافى كتاب ابن شعبان من أجازة طهر الجمعة بماء الورد والحق ان الاختلاط يختلف بالكثرة والقلة فقد يبلغ من الكثرة الى حد لا يتناوله اسم الماء المطلق مثل مايقال ماء الغسل وقد لا يبلغ الى ذلك الحد وبخاصة متى تغيرت منه الريح فقط ولذلك لم يعتبر الريح قوم ممن منعوا الماء المضاف وقد قال عليه الصلاة والسلام لام عطية عند أمره اياها بغسل ابنته : أغسلنها بماء وسدر واجعلن في الاخيرة كافوراً أو شيئاً من كافور فهذا ماء مختلط ولكنه لم يبلغ من الاختلاط بحيث يسلب عنه اسم الماء المطلق وقد روى عن مالك اعتبار الكثرة في المخالطة والقلة والفرق بينهما فاجازه مع القلة وان ظهرت الاوصاف ولم يجزه مع الكثرة .

(المسئلة الثالثة) الماء المستعمل في الطهارة اختلفوا فيه على ثلاثة أقوال . فقوم لم يجيزوا الطهارة به على كل حال وهو مذهب الشافعى وأبى حنيفة . وقوم كرهوه ولم يجيزوا التيمم مع وجوده وهو مذهب مالك وأصحابه . وقوم لم يروا بينه وبين الماء المطلق فرقا وبه قال أبو ثور وداود وأصحابه وشذ أبو يوسف فقال انه نجس . وسبب الخلاف في هذا أيضا ما يظن من انه لا يتناوله اسم الماء المطلق حتى أن بعضهم غلا فظن ان اسم الغسالة أحق به من اسم الماء وقد ثبت ان النبى صلى الله عليه وسلم كان أصحابه يقتتلون على فضل وضوءه ولا بد أن يقع من الماء المستعمل في الاناء الذى بقى فيه الفضل وبالجملة فهو ماء مطلق لانه فى الاغلب ليس ينتهى الى أن يتغير أحد أوصافه بدنس الاعضاء التى تغسل به فان انتهى الى ذلك فحكمه حكم الماء الذى تغير أحد أوصافه بشىء طاهر وان كان هذا تعافه النفوس أكثر وهذا لحظ من كرهه وأما من زعم انه نجس فلا دليل معه

(المسئلة الرابعة) اتفق العلماء على طهارة اسئار المسلمين وبهيمة الانعام واختلفوا فيما

عدى ذلك اختلافا كثيراً، فنهم من زعم أن كل حيوان طاهر السؤر، ومنهم من استثنى من ذلك الخنزير فقط وهذان القولان مرويان عن مالك، ومنهم من استثنى من ذلك الخنزير والكلب وهو مذهب الشافعي، ومنهم من استثنى من ذلك السباع عامة وهو مذهب ابن القاسم ومنهم من ذهب الى ان الاسئار تابعة للحوم فان كانت اللحوم محرمة فالاسئار نجسة وان كانت مكروهة فالاسئار مكروهة وان كانت مباحة فالاسئار طاهرة . واما سؤر المشرك فقيل أنه نجس وقيل أنه مكروه اذا كان يشرب الخمر وهو مذهب ابن القاسم وكذلك عنده جميع أسئار الحيوانات التي لاتتوقى النجاسة غالبا مثل الدجاج المخلاة والابل الجلالة والكلاب المخلاة. وسبب اختلافهم في ذلك هو ثلاثة أشياء . أحدها معارضة القياس لظاهر الكتاب . والثاني معارضته لظاهر الآثار. والثالث معارضة الآثار بعضها بعضا في ذلك. أما القياس فهو أنه لما كان الموت من غير ذكاة هو سبب نجاسة عين الحيوان بالشرع وجب أن تكون الحياة هي سبب طهارة عين الحيوان واذا كان ذلك كذلك فكل حى طاهر العين وكل طاهر العين فسؤره طاهر وأما ظاهر الكتاب فانه عارض هذا القياس في الخنزير والمشرك وذلك أن الله تعالى يقول في الخنزير (فانه رجس) وماهو رجس في عينه فهو نجس لعينه ولذلك استثنى قوم من الحيوان الحى الخنزير فقط ومن لم يستثنه حمل قوله رجس على جهة الذم له. وأما المشرك ففى قوله تعالى (انما المشركون نجس) فمن حمل هذا أيضا على ظاهره استثنى من مقتضى ذلك في القياس المشركين ومن أخرجه مخرج الذم لهم طرد قياسه .وأما الآثار فانها عارضت هذا القياس في الكلب والهر والسباع . اما الكلب فحديث أبى هريرة المتفق على صحته وهو قوله عليه الصلاة والسلام : اذا ولغ الكلب في إناء أحدكم فليرقه وبغسله سبع مرات وفي بعض طرقه أولا هن بالتراب وفي بعضها وعفروه الثامنة بالتراب وأما الهر فما رواه قرة عن ابن سيرين عن أبى هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : طهور الاناء اذا ولغ فيه الهر ان يغسل مرة او مرتين وقرة ثقة عند أهل الحديث وأما السباع فحديث ابن عمر المتقدم عن أبيه قال سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الماء وما ينوبه من السباع والدواب فقال : ان كان الماء قلتين لم يحمل خبثاً ، وأما تعارض الآثار في هذا الباب فنها أنه روى عنه أنه سئل صلى الله عليه وسلم عن الحياض التي بين مكة والمدينة تردها الكلاب والسباع فقال : لها ما حملت فى بطونها ولكم ما غبر شرابا وطهورا ونحو هذا حديث عمر الذى رواه مالك في موطاه وهو قوله ياصاحب الحوض لا تخبرنا فانا نرد على السباع وترد علينا وحديث أبى قتادة أيضا الذى خرجه مالك ان كبشة سكبت له وضوءاً فجاءت هرة لتشرب منه فاصغى لها الاناء حتى شربت ثم قال ان رسول الله

صلى الله عليه وسلم قال: انها ليست بنجس انما هي من الطوافين عليكم أو الطوافات فاختلف العلماء في تأويل هذه الآثار ووجه جمعها مع القياس المذكور فذهب مالك في الامر باراقة سؤر الكلب وغسل الاناء منه الى أن ذلك عبادة غير معللة وان الماء الذي يلغ فيه ليس بنجس ولم ير إراقة ماعدى الماء من الاشياء التي يلغ فيها الكلب في المشهور عنه وذلك كما قلنا لمعارضة ذلك القياس له ولانه ظن أيضا انه ان فهم منه ان الكلب نجس العين عارضه ظاهر الكتاب وهو قوله تعالى (فكلوا مما أمسكن عليكم) يريد انه لو كان نجس العين لنجس الصيد بمماسته وأيد هذا التأويل بما جاء في غسله من العدد والنجاسات ليس يشترط في غسلها العدد فقال ان هذا الغسل انما هو عبادة ولم يعرج على سائر تلك الآثار لضعفها عنده . وأما الشافعي فاستثنى الكلب من الحيوان الحي ورأى أن ظاهر هذا الحديث يوجب نجاسة سؤره وان لعابه هو النجس لا عينه فيما أحسب وانه يجب ان يغسل الصيد منه وكذلك استثنى الخنزير لمكان الآية المذكورة. وأما أبو حنيفة فانه زعم أن المفهوم من هذه الآثار الواردة بنجاسة سؤر السباع والهر والكلب هو من قبل تحريم لحومها وان هذا من باب الخاص أريد به العام فقال الاسئار تابعة للحوم الحيوان وأما بعض الناس فاستثنى من ذلك الكلب والهر والسباع على ظاهر الاحاديث الواردة في ذلك وأما بعضهم فحكم بطهارة سؤر الكلب والهر فاستثنى من ذلك السباع فقط وأما سؤر الكلب فللعدد المشترط في غسله ولمعارضة ظاهر الكتاب له ولمعارضة حديث أبي قتادة له اذ علل عدم نجاسة الهرة من قبل أنها من الطوافين والكلب طواف وأما الهرة فصيرا الى ترجيح حديث أبي قتادة على حديث قرة عن ابن سيرين وترجيح حديث ابن عمر على حديث عمر وما ورد في معناه لمعارضة حديث أبي قتادة له بدليل الخطاب وذلك أنه لما علل عدم النجاسة في الهرة بسبب الطواف فهو منه ان ماليس بطواف وهي السباع فاسئارها محرمة وممن ذهب هذا المذهب ابن القاسم. وأما أبو حنيفة فقال كما قلنا بنجاسة سؤر الكلب ولم ير العدد في غسله شرطا في طهارة الاناء الذي ولغ فيه لانه عارض ذلك عنده القياس في غسل النجاسات أعني ان المعتبر فيها انما هو ازالة العين فقط وهذا على عاديه في رد أخبار الآحاد لمكان معارضة الاصول لها. قال القاضي فاستعمل من هذا الحديث بعضا ولم يستعمل بعضا أعني أنه استعمل منه مالم تعارضه عنده الاصول ولم يستعمل ماعارضته منه الاصول وعضد ذلك بأنه مذهب أبي هريرة الذي روى الحديث . فهذه هي الاشياء التي حركت الفقهاء الى هذا الاختلاف الكثير في هذه المسئلة وقادتهم الى الافتراق فيها والمسئلة اجتهادية محضة يعسر ان يوجد فيها ترجيح ولعل الأرجح ان يستثنى من طهارة اسئار الحيوان

الكلب والخنزير والمشرك لصحة الآثار الواردة في الكلب ولان ظاهر الكتاب أولى أن يتبع في القول بنجاسة عين الخنزير والمشرك من القياس وكذلك ظاهر الحديث وعليه أكثر الفقهاء أعنى على القول بنجاسة سؤر الكلب فان الامر باراقة ماولغ فيه الكلب مخيل ومناسب في الشرع لنجاسة الماء الذى ولغ فيه أعنى أن المفهوم بالعادة فى الشرع من الامر بأراقة الشئ وغسل الاناء منه هو لنجاسة الشيء وما اعترضوا به من أنه لو كان ذلك لنجاسة الاناء لما اشترط فيه العدد فغير نكير أن يكون الشرع يخص نجاسة دون نجاسة بحكم دون حكم تغليظا لها . قال القاضى وقد ذهب جدى رحمة الله عليه في كتاب المقدمات الى ان هذا الحديث معلل معقول المعنى ليس من سبب النجاسة بل من سبب مايتوقع أن يكون الكلب الذى ولغ في الاناء كلباً فيخاف من ذلك السم قال ولذلك جاء هذا العدد الذى هو السبع فى غسله فان هذا العدد قد استعمل في الشرع في مواضع كثيرة في العلاج والمداواة من الامراض وهذا الذى قاله رحمه الله هو وجه حسن على طريقة المالكية فانه اذا قلنا إن ذلك الماء غير نجس فالاولى ان يعطى علة في غسله من أن يقول انه غير معلل وهذا ظاهر بنفسه وقد اعترض عليه فيما بلغنى بعض الناس بأن قال ان الكلب لا يقرب الماء حين كلبه وهذا الذى قالوه هو عند استحكام هذه العلة بالكلاب لافي مباديها وفي أول حدوثها فلا معنى لاعتراضهم وأيضا فانه ليس في الحديث ذكر الماء وانما فيه ذكر الاناء ولعل فى سؤره خاصية من هذا الوجه ضارة أعنى قبل ان يستحكم به الكلب ولا يستنكر ورود مثل هذا فى الشرع فيكون هذا من باب ماورد في الذباب إذا وقع فى الطعام ان يغمس هذا ذلك بأن في أحد جناحيه داء وفي الآخر دواء وأما ما قيل في المذهب من ان هذا الكلب هو الكلب المنهى عن اتخاذه أو الكلب الحضرى فضعيف وبعيد من هذا التعليل الا أن يقول قائل ان ذلك أعنى النهى من باب التحريج في اتخاذه .

(المسئلة الخامسة) اختلف العلماء في أسئار الطهر على خمسة أقوال ، فذهب قوم إلى أن أسئار الطهر طاهرة بإطلاق وهو مذهب مالك والشافعى وأبى حنيفة وذهب آخرون الى أنه لايجوز للرجل أن يتطهر بسؤر المرأة ويجوز للمرأة أن تتطهر بسؤر الرجل ، وذهب آخرون الى أنه يجوز للرجل أن يتطهر بسؤر المرأة ما لم تكن المرأة جنبا أو حائضا ، وذهب آخرون الى أنه لا يجوز لواحد منهما أن يتطهر بفضل صاحبه الا أن يشرعا معا، وقال قوم لايجوز وأن شرعا معا وهو مذهب احمد ابن حنبل . وسبب اختلافهم في هذا اختلاف الآثار وذلك أن فى ذلك أربعة آثار أحدها أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يغتسل من الجنابة هو وأزواجه من اناء واحد

والثاني حديث ميمونة أنه اغتسل من فضلها ، والثالث حديث الحكم الغفارى ان النبي عليه الصلاة والسلام نهى أن يتوضأ الرجل بفضل المرأة خرجه أبو داود والترمذي والرابع حديث عبد الله بن سرجس قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يغتسل الرجل بفضل المرأة والمرأة بفضل الرجل ولكن يشرعان معاً فذهب العلماء في تأويل هذه الاحاديث مذهبين مذهب الترجيح ومذهب الجمع في بعض والترجيح في بعض . أما من رجح حديث اغتسال النبي صلى الله عليه وسلم مع أزواجه من اناء واحد على سائر الاحاديث لانه مما اتفق الصحاح على تخريجه ولم يكن عنده فرق بين أن يغتسلا معاً أو يغتسل كل واحد منهما بفضل صاحبه لان المغتسلين معاً كل واحد منهما مغتسل بفضل صاحبه وصحح حديث ميمونة مع هذا الحديث ورجحه على حديث الغفارى فقال بطهر الاسئار على الاطلاق. وأما من رجح حديث الغفارى على حديث ميمونة وهو مذهب أبي محمد بن حزم وجمع بين حديث الغفارى وحديث اغتسال النبي مع أزواجه من اناء واحد بأن فرق بين الاغتسال معاً وبين أن يغتسل أحدهما بفضل الآخر وعمل على هذين الحديثين فقط أجاز للرجل أن يتطهر مع المرأة من اناء واحد ولم يجز ان يتطهر هو من فضل طهرها وأجاز ان تتطهر هي من فضل طهره . واما من ذهب مذهب الجمع بين الاحاديث كلها ما خلا حديث ميمونة فانه أخذ بحديث عبد الله بن سرجس لانه فكن ان يجتمع عليه حديث الغفارى وحديث غسل النبي صلى الله عليه وسلم مع أزواجه من إناء واحد ويكون فيه زيادة وهي ألا تتوضأ المرأة أيضاً بفضل الرجل لكن يعارضه حديث ميمونة وهو حديث خرجه مسلم لكن قد علله كما قلنا بعض الناس من أن بعض رواته قال فيه أكبر ظني أو أكبر علمي ان أبا الشعثاء حدثني. وأما من لم يجز لواحد منهما ان يتطهر بفضل صاحبه ولا يشرعان معا فلعله لم يبلغه من الاحاديث الا حديث الحكم الغفارى وقاس الرجل على المرأة . وأما من نهى عن سؤر المرأة الجنب والحائض فقط فلست أعلم له حجة الا انه مروى عن بعض السلف أحسبه عن ابن عمر .

﴿ المسئلة السادسة ﴾ صار أبو حنيفة من بين معظم أصحابه وفقهاء الامصار الى اجازة الوضوء بنبيذ التمر في السفر لحديث ابن عباس ان ابن مسعود خرج مع رسول الله صلى الله عليه وسلم ليلة الجن فسأله رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : هل معك من ماء فقال معي نبيذ في أداوتي فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أصبب فتوضأ به وقال شراب وطهور وحديث أبي رافع مولى ابن عمر عن عبد الله بن مسعود بمثله وفيه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : ثمرة طيبة وماء طهور وزعموا انه منسوب الى الصحابة على وابن عباس وانه لا مخالف لهم من الصحابة فكان كالاجماع عندهم

ورد أهل الحديث هذا الخبر ولم يقبلوه لضعف رواته ولانه قد روى من طريق أوثق من هذه الطرق ان ابن مسعود لم يكن مع رسول الله صلى الله عليه وسلم ليلة الجن واحتج الجمهور لرد هذا الحديث بقوله تعالى (فلم تجدوا ماء فتيمموا صعيدا طيبا) قالوا فلم يجعل ههنا وسطاً بين الماء والصعيد وبقوله عليه الصلاة والسلام: الصعيد الطيب وضوء لمسلم وإن لم يجد الماء الى عشر حجج فاذا وجد الماء فليمسه بشرته ولهم أن يقولوا أن هذا قد أطلق عليه في الحديث اسم الماء والزيادة لا تقتضى نسخا فيعارضها الكتاب لكن هذا مخالف لقولهم ان الزيادة نسخ .

﴿ الباب الرابع في نواقض الوضوء ﴾

والاصل في هذا الباب قوله تعالى ﴿ أو جاء احد منكم من الغائط او لامستم النساء ﴾ وقوله عليه الصلاة والسلام: لا يقبل الله صلاة من احدث حتى يتوضأ . واتفقوا في هذا الباب على انتقاض الوضوء من البول والغائط والريح والمذى والودى لصحة الآثار في ذلك اذا كان خروجها على وجه الصحة ويتعلق بهذا الباب مما اختلفوا فيه سبع مسائل تجرى منه مجرى القواعد لهذا الباب .

﴿ المسألة الاولى ﴾ اختلف علماء الامصار في انتقاض الوضوء مما يخرج من الجسد من النجس على ثلاثة مذاهب. فاعتبر قوم في ذلك الخارج وحده من أى موضع خرج وعلى اى جهة خرج وهو ابو حنيفة وأصحابه والثورى واحمد وجماعة ولهم من الصحابة سلف فقالوا كل نجاسة تسيل من الجسد وتخرج منه يجب منها الوضوء كالدم والرعاف الكثير والفصد والحجامة والقىء إلا البلغم عند أبى حنيفة . وقال أبو يوسف من أصحاب ابى حنيفة أنه اذا ملأ الفم ففيه الوضوء ولم يعتبر أحد من هؤلاء اليسير من الدم الا مجاهد. واعتبر قوم آخرون المخرجين الذكر والدبر فقالوا كل ماخرج من هذين السبيلين فهو ناقض الوضوء من أى شىء خرج من دم أو حصا اوبلغم وعلى اى وجه خرج كان خروجه على سبيل الصحة او على سبيل المرض وممن قال بهذا القول الشافعى وأصحابه ومحمد ابن عبد الحكم من أصحاب مالك واعتبر قوم آخرون الخارج والمخرج وصفة الخروج فقالوا كل ماخرج من السبيلين مما هو معتاد خروجه وهو البول والغائط والمذى والودى والريح إذا كان خروجه على وجه الصحة فهو ينقض الوضوء فلم يروا في الدم والحصاة والدود وضوءاً ولا في السلس وممن قال بهذا القول مالك وجل أصحابه . والسبب في اختلافهم انه لما أجمع المسلمون على انتقاض الوضوء مما يخرج من السبيلين من غائط وبول وريح ومذى لظاهر الكتاب ولتظاهر الآثار بذلك تطرق

آلى ذلك ثلاث احتمالات، أحدها ان يكون الحكم انما علق بأعيان هذه الاشياء فقط المتفق عليها على ما رآه مالك رحمه الله ؛ الاحتمال الثاني ان يكون الحكم انمـا علق بهذه من جهة أنها أنجاس خارجة من البدن لكون الوضوء طهارة والطهارة انما يؤثر فيها النجس، والاحتمال الثالث ان يكون الحكم أيضا انما علق بها من جهة انها خارجة من هذين السبيلين فيكون على هذين القولين الاخيرين ورود الأمر بالوضوء من تلك الاحداث المجمع عليها انما هو من باب الخاص أريد به العام ويكون عند مالك وأصحابه انما هو من باب الخاص المحمول على خصوصه فالشافعي وأبو حنيفة اتفقا على أن الأمر بها هو من باب الخاص أريد به العام واختلفا أي عام هو الذي قصد به فالك يرجح مذهبه بأن الأصل هو ان يحمل الخاص على خصوصه حتى يدل الدليل على غير ذلك والشافعي محتج بأن المراد به المخرج لا الخارج باتفاقهم على ايجاب الوضوء من الريح الذي يخرج من أسفل وعدم ايجاب الوضوء منه اذا خرج من فوق وكلاهما ذات واحدة والفرق بينهما اختلاف المخرجين فكان هذا تنبيها على ان الحكم للمخرج وهو ضعيف لان الريحين مختلفان في الصفة والرائحة وأبو حنيفة يحتج لان المقصود بذلك هو الخارج النجس لكون النجاسة مؤثرة في الطهارة وهذه الطهارة وان كانت طهارة حكمية فان فيها شبها من الطهارة المعنوية أعنى طهارة النجس وبحديث ثوبان ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قاء فتوضأ وبما روى عن عمر وابن عمر رضى الله عنهما من ايجابهما الوضوء من الرعاف وبما روى من أمره صلى الله عليه وسلم المستحاضة بالوضوء لكل صلاة فكان المفهوم من هذا كله عند أبي حنيفة الخارج النجس وانما اتفق الشافعي وأبو حنيفة على ايجاب الوضوء من الاحداث المتفق عليها وان خرجت على جهة المرض لامره صـلى الله عليه وسلم بالوضوء عند كل صلاة المستحاضة والاستحاضة مرض وأما مالك فرأى أن المرض له ههنا تاثير في الرخصة قياسا أيضا على ماروى أيضا من أن المستحاضة لم تؤمر الا بالغسل فقط وذلك أن حديث فاطمة بنت أبي حبيش هذا هو متفق على صحته ويختلف في هـذه الزيادة فيه أعنى الامر بالوضوء لكل صلاة ولكن صححها أبو عمر بن عبد البر وقياسا على من يغلبه الدم من جرح ولا ينقطع مثل ماروى أن عمر رضى الله عنه صلى وجرحه يثعب دما .

﴿ المسئلة الثانية ﴾ اختلف العلماء في النوم على ثلاثة مذاهب. فقوم رأوا انه حـدث فاوجبوا من قليله وكثيره الوضوء وقوم رأوا أنه ليس بحدث فلم يوجبوا منه الوضوء الا اذا تيقن بالحدث على مذهب من لا يعتبر الشك واذا شك على مذهب من يعتبر الشك حتى أن بعض السلف كان يوكل بنفسه اذا نام من يتفقد حاله أعنى هل يكون منه حدث أم لا وقوم فرقوا بين النوم القليل الخفيف والكثير المستثقل فأوجبوا فى الكثير المستثقل

الوضوء دون القليل وعلى هذا فقهاء الامصار والجمهور ولما كانت بعض الهيئات يعرض فيها الاستثقال من النوم أكثر من بعض وكذلك خروج الحدث اختلف الفقهاء في ذلك فقال مالك من نام مضطجعا أو ساجدا فعليه الوضوء طويلا كان النوم أو قصيراً ومن نام جالسا فلا وضوء عليه الا أن يطول ذلك به . واختلف القول فى مذهبه في الراكع فمرة قال حكمه حكم القائم ومرة قال حكمه حكم الساجد . وأما الشافعى فقال على كل نائم كيف مانام الوضوء الامن نام جالسا . وقال أبو حنيفة وأصحابه لاوضوء الاعلى من نام مضطجعا . وأصل اختلافهم في هذه المسئلة اختلاف الآثار الواردة في ذلك وذلك أن ههنا أحاديث يوجب ظاهرها أنه ليس في النوم وضوء أصلا كحديث ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم دخل الى ميمونة فنام عندها حتى سمعنا غطيطه ثم صلى ولم يتوضأ وقوله عليه الصلاة والسلام : اذا نعس أحدكم في الصلاة فليرقد حتى يذهب عنه النوم فانه لعله يذهب ان يستغفر ربه فيسب نفسه وماروى أيضا أن أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم كانوا ينامون في المسجد حتى تترك رؤسهم ثم يصلون ولا يتضئون وكلها آثار ثابتة . وههنا أيضا أحاديث يوجب ظاهرها أن النوم حدث وابينها في ذلك حديث صفوان بن عسال وذلك انه قال كنا في سفر مع النبي صلى الله عليه وسلم فأمرنا الا ننزع خفافنا من غائط وبول ونوم ولاننزعها الا من جنابة فسوى بين البول والغائط والنوم صححه الترمذى ، ومنها حديث أبي هريرة المتقدم وهو قوله عليه الصلاة والسلام . اذا استيقظ أحدكم من النوم فليغسل يده قبل ان يدخلها في وضوءه فان ظاهره أن النوم يوجب الوضوء قليله وكثيره وكذلك يدل ظاهر آية الوضوء عند من كان عنده المعنى في قوله تعالى (ياأيها الذين آمنوا اذا قمتم الى الصلاة) أى اذا قمتم من النوم على ماروى عن زيد بن أسلم وغيره من السلف فلما تعارضت ظواهر هذه الآثار ذهب العلماء فيها مذهبين مذهب الترجيح ومذهب الجمع . فمن ذهب مذهب الترجيح إما أسقط وجوب الوضوء من النوم أصلا على ظاهر الاحاديث التى تسقطه وإما أوجبه من قليله وكثيره على ظاهر الاحاديث التى توجبه أيضا أعنى على حسب ماترجح عنده من الاحاديث الموجبة أومن الاحاديث المسقطة . ومن ذهب مذهب الجمع حمل الاحاديث الموجبة للوضوء منه على الكثير والمسقطة للوضوء على القليل وهو كما قلنا مذهب الجمهور والجمع أولى من الترجيح ماأمكن الجمع عند أكثر الاصوليين . وأما الشافعى فانما حملها على ان استثنى من هيئات النائم الجلوس فقط لانه قد صح ذلك عن الصحابة أعنى انهم كانوا ينامون جلوسا ولايتوضئون ويصلون وإنما أوجبه أبوحنيفة في النوم فى الاضطجاع فقط لان ذلك ورد في حديث مرفوع وهو انه عليه الصلاة

والسلام قال : انما الوضوء على من نام مضطجعا والرواية بذلك ثابتة عن عمر وأما مالك فلما كان النوم عنده انما ينقض الوضوء من حيث كان غالبا سببا للحدث راعى فيه ثلاثة أشياء الاستثقال أو الطول أو الهيئة فلم يشترط في الهيئة التى يكون منها خروج الحدث غالبا لا الطول ولا الاستثقال واشترط ذلك في الهيئات التى لا يكون خروج الحدث منها غالبا .

(المسألة الثالثة) اختلف العلماء في ايجاب الوضوء من لمس النساء باليد أو بغير ذلك من الاعضاء الحساسة فذهب قوم الى أن من لمس امرأة بيده مفضيا اليها ليس بينها وبينه حجاب ولا ستر فعليه الوضوء وكذلك من قبلها لان القبلة عندهم لمس ما وسواء التذ أم لم يلتذ وبهذا القول قال الشافعى وأصحابه الا أنه مرة فرق بين اللامس والملموس فاوجب الوضوء على اللامس دون الملموس ومرة سوى بينهما ومرة أيضا فرق بين ذوات المحارم والزوجة فأوجب الوضوء من لمس الزوجة دون ذوات المحارم ومرة سوى بينهما . وذهب آخرون الى ايجاب الوضوء من اللمس اذا قارنته اللذة أو قصد اللذة في تفصيل لهم في ذلك وقع بحائل أو بغير حائل بأى عضو اتفق ما عدا القبلة فانهم لم يشترطوا اللذة في ذلك وهو مذهب مالك وجمهور أصحابه . ونفى قوم ايجاب الوضوء من لمس النساء وهو مذهب أبى حنيفة ولكل سلف من الصحابة الا اشتراط اللذة فانى لا أذكر أحداً من الصحابة اشترطها . وسبب اختلافهم في هذه المسئلة اشتراك اسم اللمس في كلام العرب فان العرب تطلقه مرة على اللمس الذى هو باليد ومرة تكنى به عن الجماع فذهب قوم الى ان اللمس الموجب للطهارة في آية الوضوء هو الجماع فى قوله تعالى (أولامستم النساء) وذهب آخرون الى أنه اللمس باليد ومن هولاء من رآه من باب العام أريد به الخاص فاشترط فيه اللذة ومنهم من رآه من باب العام أريد به العام فلم يشترط اللذة فيه ومن اشترط اللذة فانما دعاه الى ذلك ما عارض عموم الآية من أن النبى صلى الله عليه وسلم كان يلمس عائشة عند سجوده بيده وربما لمسته وخرج أهل الحديث حديث حبيب بن أبى ثابت عن عروة عن عائشة عن النبى صلى الله عليه وسلم : أنه قبل بعض نسائه ثم خرج الى الصلاة ولم يتوضأ فقلت من هي الا أنت فضحكت قال أبو عمر هذا الحديث وهنه الحجازيون وصححه الكوفيون والى تصحيحه مال أبو عمر بن عبد البر قال وروى هذا الحديث أيضا من طريق معبد بن نباتة وقال الشافعى ان ثبت حديث معبد بن نباتة في القبلة لم أر فيها ولا في اللمس وضوءا . وقد احتج من أوجب الوضوء من اللمس باليد بأن اللمس ينطلق حقيقة على اللمس باليد وينطلق مجازا على الجماع وانه اذا تردد اللفظ بين

الحقيقة والمجاز فالاولى ان يحمل على الحقيقة حتى يدل الدليل على المجاز ولأولئك أن يقولوا ان المجاز اذا كثر استعماله كان أدل على المجاز منه على الحقيقة كالحال في اسم الغائط الذي هو أدل على الحدث الذي هو فيه مجاز منه على المطمئن من الارض الذي هو فيه حقيقة والذي اعتقده أن اللمس وان كانت دلالته على المعنيين بالسواء أو قريبا من السواء انه أظهر عندي في الجماع وان كان مجازاً لأن الله تبارك وتعالى قد كنى بالمباشرة والمس عن الجماع وهما في معنى اللمس وعلى هذا التأويل في الآية يحتج بها في اجازة التيمم للجنب دون تقدير تقديم فيها ولا تأخير على ما سيأتي بعد وترتفع المعارضة التي بين الآثار والآية على التأويل الآخر وأما من فهم من الآية اللمسين معا فضعيف فان العرب اذا خاطبت بالاسم المشترك انما تقصد به معنى واحد من المعاني التي يدل عليها الاسم لا جميع المعاني التي يدل عليها وهذا بين بنفسه في كلامهم.

(المسالة الرابعة) مس الذكر اختلف العلماء فيه على ثلاثة مذاهب فمنهم من رأى الوضوء فيه كيف ما مسه وهو مذهب الشافعي وأصحابه وأحمد وداود ومنهم من لم يرفيه وضوءاً أصلا وهو أبو حنيفة وأصحابه ولكلا الفريقين سلف من الصحابة والتابعين . وقوم فرقوا بين أن يمسه بحال أو لا يمسه بتلك الحال وهؤلاء افترقوا فيه فرقا فمنهم من فرق فيه بين ان يلتذ أولا يلتذ ومنهم من فرق بين ان يمسه بباطن الكف أولا يمسه فأوجبوا الوضوء مع اللذة ولم يوجبوه مع عدمها وكذلك اوجبه قوم مع المس بباطن الكف ولم يوجبوه مع المس بظاهرها وهذان الاعتباران مرويان عن أصحاب مالك وكأن اعتبار باطن الكف راجع الى اعتبار سبب اللذة. وفرق قوم في ذلك بين العمد والنسيان فأوجبوا الوضوء منه مع العمد ولم يوجبوه مع النسيان وهو مروى عن مالك وهو قول داود وأصحابه ورأى قوم أن الوضوء من مسه سنة لا واجب . قال أبو عمر وهــذا الذي استقر من مذهب مالك عن أهل المغرب من أصحابه والرواية عنه فيه مضطربة . وسبب اختلافهم في ذلك أن فيه حديثين متعارضين أحدهما الحديث الوارد من طريق بسرة انها سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : اذا مس أحدكم ذكره فليتوضأ وهو أشهر الاحاديث الواردة في ايجاب الوضوء من مس الذكر خرجه مالك في الموطأ وصححه يحيى بن معين وأحمد بن حنبل وضعفه أهــل الكوفة وقد روى أيضا معناه من طريق أم حبيبة وكان أحمد بن حنبل يصححه وقد روى أيضا معناه من طريق ابى هريرة وكان ابن السكن أيضا يصححه ولم يخرجه البخارى ولا مسلم ؛ والحديث الثاني المعارض له حديث طلق بن علي قال قدمنا على رسول الله صلى الله عليه وسلم وعنده رجل كأنه بدوي فقال يارسول الله ما ترى في مس الرجل ذكره بعد ان يتوضأ فقال

وهل هو الابضعة منك خرجه أيضا أبو داود والترمذى وصححه كثير من أهل العلم الكوفيون وغيرهم فذهب العلماء في تأويل هذه الاحاديث أحد مذهبين اما مذهب الترجيح أو النسخ وإما مذهب الجمع فمن رجح حديث بسرة أو رآه ناسخا لحديث طلق بن علي قال بايجاب الوضوء من مس الذكر ومن رجح حديث طلق بن علي أسقط وجوب الوضوء من مسه ومن رام ان يجمع بين الحديثين أوجب الوضوء منه في حال ولم يوجبه في حال أو حمل حديث بسرة على الندب وحديث طلق بن علي على نفى الوجوب والاحتجاجات التى يحتج بها كل واحد من الفريقين في ترجيح الحديث الذى رجحه كثيرة يطول ذكرها وهى موجودة في كتبهم ولكن نكتة اختلافهم هو ما أشرنا اليه .

(المسئلة الخامسة) اختلف الصدر الاول فى ايجاب الوضوء من أكل مامسته النار لاختلاف الآثار الواردة في ذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم. واتفق جمهور فقهاء الامصار بعد الصدر الأول على سقوطه اذ صح عندهم انه عمل الخلفاء الاربعة ولما ورد من حديث جابر انه قال كان آخر الامرين من رسول الله صلى الله عليه وسلم ترك الوضوء مما مست النار خرجه أبو داود ولكن ذهب قوم من أهل الحديث أحمد واسحاق وطائفة غيرهم أن الوضوء يجب فقط من أكل لحم الجزور لثبوت الحديث الوارد بذلك عنه عليه الصلاة والسلام .

(المسئلة السادسة) شذ أبو حنيفة فاوجب الوضوء من الضحك في الصلاة لمرسل أبى العالية وهو أن قوما ضحكوا في الصلاة فامرهم النبى صلى الله عليه وسلم باعادة الوضوء والصلاة ورد الجمهور هذا الحديث لكونه مرسلا ولمخالفته للاصول وهو أن يكون شئ ما ينقض الطهارة في الصلاة ولا ينقضها في غير الصلاة وهو مرسل صحيح.

(المسئلة السابعة) وقد شذ قوم فاوجبوا الوضوء من حمل الميت وفيه أثر ضعيف من غسل ميتا فليغتسل ومن حمله فليتوضأ . وينبغى ان تعلم أن جمهور العلماء أوجبوا الوضوء من زوال العقل بأى نوع كان من قبل إغماء أو جنون أو سكر وهؤلاء كلهم قاسوه على النوم أعنى انهم رأوا انه اذا كان النوم يوجب الوضوء في الحالة التى هي سبب الحدث غالبا وهو الاستثقال فأحرى ان يكون ذهاب العقل سببا لذلك فهذه هي مسائل هذا الباب المجمع عليها والمشهورات من المختلف فيها وينبغى ان نصير الى الباب الخامس.

الباب الخامس

وهو معرفة الافعال التى تشترط هذه الطهارة في فعلها والاصل في هذا الباب قوله تعالى

(ياأيها الذين آمنوا اذاقمتم الى الصلاة) الآية وقوله عليه الصلاة والسلام: لايقبل الله صلاة بغير طهور ولا صدقة من غلول فاتفق المسلمون على أن الطهارة شرط من شروط الصلاة لمكان هذا وان كانوا اختلفوا هل هي شرط من شروط الصحة أو من شروط الوجوب ولم يختلفوا ان ذلك شرط في جميع الصلوات الا في صلاة الجنازة وفي السجود أعني سجود التلاوة فان فيه خلافا شاذاً. والسبب في ذلك الاحتمال العارض في انطلاق اسم الصلاة على الصلاة على الجنائز وعلى السجود. فمن ذهب الى ان اسم الصلاة ينطلق على صلاة الجنائز وعلى السجود نفسه وهم الجمهور اشترط هذه الطهارة فيهما ومن ذهب الى انه لاينطلق عليهما اذ كانت صلاة الجنائز ليس فيها ركوع ولا سجود وكان السجود أيضا ليس فيه قيام ولا ركوع لم يشترطوا هذه الطهارة فيهما ويتعلق بهذا الباب مع هذه المسئلة أربع مسائل.

(المسئلة الاولى) هل هذه الطهارة شرط في مس المصحف أم لا فذهب مالك وأبو حنيفة والشافعي الى انها شرط في مس المصحف وذهب أهل الظاهر الى انها ليست بشرط في ذلك والسبب في اختلافهم تردد مفهوم قوله تعالى (لا يمسه الا المطهرون) بين ان يكون المطهرون هم بنو آدم وبين ان يكونوا هم الملائكة وبين أن يكون هذا الخبر مفهومه النهي وبين ان يكون خبرا لا نهيا فمن فهم من المطهرين بني آدم وفهم من الخبر النهي قال لا يجوز ان يمس المصحف الا طاهر ومن فهم منه الخبر فقط وفهم من لفظ المطهرين الملائكة قال انه ليس في الآية دليل على اشتراط هذه الطهارة في مس المصحف واذا لم يكن هنالك دليل لا من كتاب ولا من سنة ثابتة بقي الامر على البراءة الاصلية وهي الاباحة. وقد احتج الجمهور لمذهبهم بحديث عمرو بن حزم أن النبي عليه الصلاة والسلام كتب: لايمس القرآن الا طاهر وأحاديث عمرو بن حزم اختلف الناس في وجوب العمل بها لانها مصحفة ورأيت ابن المفوز يصححها اذا روتها الثقات لانها كتاب النبي عليه الصلاة والسلام وكذلك أحاديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده وأهل الظاهر يردونهما ورخص مالك للصبيان في مس المصحف على غير طهر لانهم غير مكلفين.

(المسئلة الثانية) اختلف الناس في ايجاب الوضوء على الجنب في احوال أحدها اذا أراد أن ينام وهو جنب فذهب الجمهور الى استحبابه دون وجوبه وذهب أهل الظاهر الى وجوبه لثبوت ذلك عن النبي صلى الله عليه وسلم من حديث عمر انه ذكر لرسول الله صلى الله عليه وسلم انه تصيبه جنابة من الليل فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم توضأ واغسل ذكرك ثم نم وهو أيضا مروى عنه من طريق عائشة. وذهب الجمهور الى حمل الامر بذلك على الندب والعدول به عن ظاهره لمكان عدم مناسبته وجوب

الطهارة لارادة النوم أعنى المناسبة الشرعية. وقد احتجوا أيضا لذلك باحاديث أثبتها حديث ابن عباس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم خرج من الخلاء فاتى بطعام فقالوا ألا ناتيك بطهر فقال. أأصلى. فأتوضأ وفي بعض رواياته فقيل له ألا تتوضا فقال ما أردت الصلاة فأتوضا والاستدلال به ضعيف فانه من باب مفهوم الخطاب من أضعف أنواعه وقد احتجوا بحديث عائشة انه عليه الصلاة والسلام كان ينام وهو جنب لايمس الماء الا أنه حديث ضعيف وكذلك اختلفوا في وجوب الوضوء على الجنب الذى يريد أن يأكل أو يشرب وعلى الذى يريد ان يعاود أهله فقال الجمهور في هذا كله باسقاط الوجوب لعدم مناسبة الطهارة لهذه الاشياء وذلك أن الطهارة انما فرضت في الشرع لاحوال التعظيم كالصلاة وأيضا فلمكان تعارض الآثار في ذلك وذلك أنه روى عنه عليه الصلاة والسلام. أنه أمر الجنب اذا أراد ان يعاود أهله أن يتوضأ وروى عنه انه كان يجامع ثم يعاود ولايتوضأ وكذلك روى عنه منع الاكل والشرب للجنب حتى يتوضأ وروى عنه اباحة ذلك .

(المسئلة الثالثة) ذهب مالك والشافعي الى اشتراط الوضوء في الطواف وذهب أبو حنيفة الى اسقاطه . وسبب اختلافهم تردد الطواف بين أن يلحق حكمه بحكم الصلاة أولا يلحق وذلك انه ثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم منع الحائض الطواف كما منعها الصلاة فأشبه الصلاة من هذه الجهة وقد جاء في بعض الآثار تسمية الطواف صلاة وحجة أبى حنيفة أنه ليس كل شىء منعه الحيض في الطهارة شرط في فعله اذا ارتفع الحيض كالصوم عند الجمهور .

(المسئلة الرابعة) ذهب الجمهور الى أنه يجوز لغير متوضىء أن يقرأ القرآن ويذكر الله وقال قوم لايجوز ذلك له الا ان يتوضأ. وسبب الخلاف حديثان متعارضان ثابتان أحدهما حديث أبى جهم قال أقبل رسول الله صلى الله عليه وسلم من نحو بئر جمل فلقيه رجل فسلم عليه فلم يرد عليه حتى أقبل على الجدار فمسح بوجهه ويديه ثم انه رد عليه الصلاة والسلام السلام . والحديث الثانى حديث على أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان لايحجبه عن قراءة القرآن شىء الا الجنابة فصار الجمهور الى أن الحديث الثانى ناسخ للاول وصار من أوجب الوضوء لذكر الله الى ترجيح الحديث الاول .

﴿ كتاب الغسل ﴾

والاصل في هذه الطهارة قوله تعالى (وان كنتم جنبا فاطهروا) والكلام المحيط بقواعدها ينحصر بعد المعرفة بوجوبها وعلى من تجب ومعرفة مايه تفعل وهو الماء

المطلق في ثلاثة أبواب . الباب الاول في معرفة العمل في هـذه الطهارة . والثانى في معرفة نواقض هذه الطهارة . والباب الثالث في معرفة أحكام نواقض هذه الطهارة . فاما على من تجب فعلى كل من لزمته الصلاة ولاخلاف في ذلك وكذلك لاخلاف في وجوبها ودلائل ذلك هي دلائل الوضوء بعينها وقدذكرناها وكذلك أحكام المياه قدتقدم القول فيها .

الباب الاول

وهذا الباب يتعلق به أربع مسائل . المسئلة الاولى اختلف العلماء هل من شرط هـذه الطهارة امرار اليد على جميع الجسد كالحال فى طهارة أعضـاء الوضوء أم يكفى فيها افاضة الماء على جميع الجسد ولن لم يمر يديه على بدنه فا كثر العلماء على أن افاضة المـاء كافية في ذلك وذهب مالك وجل أصحابه والمزنى من أصحاب الشافعى الى أنه ان فات المتطهر موضع واحد من جسده لم يمر يده عليه ان طهره لم يكمل بعد . والسبب فى اختلافهم اشتراك اسم الغسل ومعارضة ظاهر الاحاديث الواردة في صفة الغسل لقياس الغسل في ذلك على الوضوء وذلك أن الاحاديث الثابتة التى وردت فى صفة غسله عليه الصلاة والسلام من حديث عائشة وميمونة ليس فيها ذكر التدلك وانما فيها افاضة الماء فقط ففى حديث عائشة قالت : كان رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا اغتسل من الجنابة يبدأ فيغسل يديه ثم يفرغ بيمينه على شماله فيغسل فرجه ثم يتوضأ وضوءه للصلاة ثم يأخذ المـاء فيدخل أصابعه في أصول الشعر ثم يصب على رأسه ثلاث غرفات ثم يفيض الماء على جلده كله والصفة الواردة في حديث ميمونة قريبة من هذه الا أنه أخر غسل رجليه من أعضاء الوضوء الى آخر الطهر وفي حديث أم سلمة أيضا وقد سألته عليه الصلاة والسلام هل تنقض ضفر رأسها لغسل الجنابة فقال عليه الصلاة والسلام : انمـا يكفيك ان تحثي على رأسك الماء ثلاث حثيات ثم تفيضى عليك الماء فاذا أنت قد طهرت وهو أقوى في اسقاط التدلك من تلك الأحاديث الاخر لانه يمكن هنالك أن يكون الواصف لطهره قد ترك التدلك وأما ههنا فانما حصر لها شروط الطهارة ولذلك أجمع العلماء على ان صفة الطهارة الواردة من حديث ميمونة وعائشة هي أكمل صفاتها وأن ماورد في حديث أم سلمة من ذلك فهو من أركانها الواجبة وان الوضوء في أول الطهر ليس من شرط الطهر الاخلافا شاذا روى عن الشافعى وفيه قوة من جهة ظواهر الاحاديث وفي قول الجمهور قوة من جهة النظر لان الطهارة ظاهر من أمرها انها شرط في صحة الوضوء لا الوضوء شرط في صحتها فهو من باب معارضة القياس لظاهر الحديث .

وطريقة الشافعي تغيب ظاهر الاحاديث على القياس فذهب قوم كما قلنا إلى ظاهر الاحاديث وغلبوا ذلك على قياسها على الوضوء فلم يوجبوا التدلك وغلب آخرون قياس هذه الطهارة على الوضوء على ظاهر هذه الاحاديث فاوجبوا التدلك كالحال في الوضوء فمن رجح القياس صار الى ايجاب التدلك ومن رجح ظاهر الاحاديث على القياس صار إلى اسقاط التدلك وأعنى بالقياس قياس الطهر على الوضوء واما الاحتجاج من طريق الاسم ففيه ضعف اذ كان اسم الطهر والغسل ينطلق في كلام العرب على المعنيين جميعا على حد سواء .

(المسئلة الثانية) اختلفوا هل من شروط هذه الطهارة النية أم لا كاختلافهم في الوضوء فذهب مالك والشافعي وأحمد وأبو ثور وداود وأصحابه الى أن النية من شروطها وذهب أبو حنيفة وأصحابه والثوري الى انها تجزئ بغير نية كالحال في الوضوء عندهم وسبب اختلافهم في الطهر هو بعينه سبب اختلافهم في الوضوء وقد تقدم ذلك .

(المسئلة الثالثة) اختلفوا في المضمضة والاستنشاق في هذه الطهارة أيضاً كاختلافهم فيهما في الوضوء أعنى هل هما واجبان فيها أم لا؛ فذهب قوم الى انهما غير واجبين فيها وذهب قوم الى وجوبهما وممن ذهب إلى عدم وجوبهما مالك والشافعي وممن ذهب الى وجوبهما أبو حنيفة وأصحابه . وسبب اختلافهم معارضة ظاهر حديث أم سلمة للاحاديث التي نقلت من صفة وضوءه عليه الصلاة والسلام في طهره وذلك ان الاحاديث التي نقلت من صفة وضوءه في الطهر فيها المضمضة والاستنشاق وحديث أم سلمة ليس فيه أمر لا بمضمضة ولا باستنشاق فمن جعل حديث عائشة وميمونة مفسراً لمجمل حديث أم سلمة ولقوله تعالى (وان كنتم جنبا فاطهروا) أوجب المضمضة والاستنشاق ومن جعله معارضا جمع بينهما بان حمل حديثي عائشة وميمونة على الندب وحديث أم سلمة على الوجوب ولهذا السبب بعينه اختلفوا في تخليل الرأس هل هو واجب في هذه الطهارة أم لا؛ ومذهب مالك انه مستحب، ومذهب غيره انه واجب وقد عضد مذهب من أوجب التخليل بما روى عنه عليه الصلاة والسلام انه قال : تحت كل شعرة جنابة فانقوا البشر وبلوا الشعر .

(المسئلة الرابعة) اختلفوا هل من شرط هذه الطهارة الفور والترتيب أم ليسا من شرطها كاختلافهم من ذلك في الوضوء . وسبب اختلافهم في ذلك هل فعله عليه الصلاة والسلام محمول على الوجوب أو على الندب فانه لم ينقل عنه عليه الصلاة والسلام انه توضأ قط الا مرتبا متواليا وقد ذهب قوم إلى أن الترتيب في هذه الطهارة أبين منها في الوضوء وذلك بين الرأس وسائر الجسد لقوله عليه الصلاة والسلام في حديث

أم سلمة : انما يكفيك ان تحثى على رأسك ثلاث حثيات ثم تفيضى الماء على جسدك وحرف ثم يقتضى الترتيب بلا خلاف بين أهل اللغة .

(الباب الثانى في معرفة النواقض لهذه الطهارة)

والاصل في هذا الباب قوله تعالى (وإن كنتم جنبا فاطهروا) وقوله (ويسئلونك عن المحيض قل هو أذى) الآية واتفق العلماء على وجوب هذه الطهارة من حدثين أحدهما خروج المنى على وجه الصحة في النوم أو في اليقظة من ذكر كان أو أنثى الا ما روى عن النخعى من أنه كان لا يرى على المرأة غسلا من الاحتلام وانما اتفق الجمهور على مساواة المرأة فى الاحتلام للرجل لحديث أم سلمة الثابت انها قالت يارسول الله المرأة ترى في المنام مثل ما يرى الرجل هل عليها غسل قال : نعم اذا رأت الماء وأما الحديث الثانى الذى اتفقوا أيضا عليه فهو دم الحيض أعنى اذا انقطع وذلك أيضا لقوله تعالى (ويسئلونك عن المحيض) الآية ولتعليمه الغسل من الحيض لعائشة وغيرها من النساء واختلفوا في هذا الباب مما يجرى مجرى الاصول في مسئلتين مشهورتين .

(المسئلة الاولى) اختلف الصحابة رضى الله عنهم فى سبب ايجاب الطهر من الوطء فنهم من رأى الطهر واجبا في التقاء الختانين أنزل أو لم ينزل وعليه أكثر فقهاء الامصار مالك وأصحابه والشافعى وأصحابه وجماعة من أهل الظاهر . وذهب قوم من أهل الظاهر الى ايجاب الطهر مع الانزال فقط . والسبب في اختلافهم في ذلك تعارض الاحاديث في ذلك لانه ورد فى ذلك حديثان ثابتان اتفق أهل الصحيح على تخريجهما (قال) القاضى رضى الله عنه ومتى قلت ثابت فانما أعنى به ما أخرجه البخارى أو مسلم أو ما اجتمعا عليه . احدهما حديث ابى هريرة عن النبى عليه الصلاة والسلام انه قال : اذا قعد بين شعبها الاربع والزق الختان بالختان فقد وجب الغسل والحديث الثانى حديث عثمان انه سئل فقيل له أرأيت الرجل اذا جامع أهله ولم يمن قال عثمان يتوضأ كما يتوضأ للصلاة سمعته من رسول الله صلى الله عليه وسلم فذهب العلماء فى هذين الحديثين مذهبين، أحدهما مذهب النسخ ، والثانى مذهب الرجوع الى ماعليه الاتفاق عند التعارض الذى لا يمكن الجمع فيه ولا الترجيح فالجمهور رأوا أن حديث أبى هريرة ناسخ لحديث عثمان ومن الحجة لهم على ذلك ماروى عن أبى بن كعب انه قال ان رسول الله صلى الله عليه وسلم انما جعل ذلك رخصة في أول الاسلام ثم أمر بالغسل خرجه أبو داود وأما من رأى ان التعارض بين هذين الحديثين هو مما لا يمكن الجمع فيه بينهما ولا الترجيح فوجب الرجوع عنده الى ماعليه الاتفاق وهو وجوب

الماء من الماء وقد رجح الجمهور حديث أبي هريرة من جهة القياس قالوا وذلك انه لما وقع الاجماع على ان مجاوزة الختانين توجب الحد وجب ان يكون هو الموجب للغسل وحكوا ان هذا القياس مأخوذ عن الخلفاء الاربعة ورجح الجمهور ذلك أيضا من حديث عائشة لاخبارها ذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم خرجه مسلم .

(المسئلة الثانية) اختلف العلماء في الصفة المعتبرة في كون خروج المني موجبا للطهر فذهب مالك الى أعتبار اللذة في ذلك وذهب الشافعي الى ان نفس خروجه هو الموجب للطهر سواء خرج باللذة أو بغير لذة * وسبب اختلافهم في ذلك هو شيئان ، أحدهما هل اسم الجنب ينطلق على الذى أجنب على الجهة الغير المعتادة أم ليس ينطلق عليه فمن رأى أنه انما ينطلق على الذى أجنب على طريق العادة لم يوجب الطهر في خروجه من غير لذة ومن رأى أنه ينطلق على خروج المني كيفما خرج اوجب منه الطهر وان لم يخرج مع لذة ، والسبب الثانى تشبيه خروجه بغير لذة بدم الاستحاضة واختلافهم في خروج الدم على جهة الاستحاضة هل يوجب طهر أم ليس يوجبه فسنذكره في باب الحيض وان كان من هذا الباب وفي المذهب في هذا الباب فرع وهو اذا انتقل من أصل مجاريه باللذة ثم خرج في وقت آخر بغير لذة مثل ان يخرج من المجامع بعد ان يتطهر فقيل يعيد الطهر وقيل لا يعيد وذلك ان هذا النوع من الخروج صحبته اللذة في بعض نقلته ولم تصحبه في بعض فمن غلب حال اللذة قال يجب الطهر ومن غلب حال عدم اللذة قال لا يجب عليه طهر .

(الباب الثالث في أحكام هذين الحدثين أعني الجنابة والحيض)

أما أحكام الحدث الذى هو الجنابة ففيه ثلاثة مسائل .

(المسئلة الاولى) اختلف العلماء في دخول المسجد للجنب على ثلاثة أقوال ، فقوم منعوا ذلك باطلاق وهو مذهب مالك وأصحابه ، وقوم منعوا ذلك الالعابر فيه لامقيم ومنهم الشافعي ، وقوم أباحوا ذلك للجميع ومنهم داود وأصحابه فيما أحسب . وسبب اختلاف الشافعي وأهل الظاهر هو تردد قوله تبارك وتعالى (يا أيها الذين آمنوا لاتقربوا الصلاة وأنتم سكارى) الآية بين ان يكون في الآية مجاز حتى يكون هنالك محذوف مقدر وهو موضع الصلاة أى لاتقربوا موضع الصلاة ويكون عابر السبيل استثناء من النهى عن قرب موضع الصلاة وبين الايكون هنالك محذوف أصلا وتكون الآية على حقيقتها ويكون عابر السبيل هو المسافر الذى عدم الماء وهو جنب فمن رأى ان في الآية محذوفا أجاز المرور للجنب في المسجد ومن لم ير ذلك لم يكن عنده في الآية دليل

على منع الجنب الاقامة في المسجد وأما من منع العبور في المسجد فلا أعلم له دليلا الاظاهر ماروى عنه عليه الصلاة والسلام انه قال : لا أحل المسجد لجنب ولا حائض وهو حديث غير ثابت عند أهل الحديث واختلافهم في الحائض في هــذا المعنى هو اختلافهم في الجنب .

﴿المسئلة الثانية﴾ مس الجنب المصحف،ذهب قوم الى اجازته،وذهب الجمهور الى منعه وهم الذين منعوا أن يمسه غير متوضئ . وسبب اختلافهم هو سبب اختلافهم في منع غير المتوضئ ان يمسه أعنى قوله لايمسه الا المطهرون وقد ذكرنا سبب الاختلاف فى الآية فيما تقدم وهو بعينه سبب اختلافهم في منع الحائض مسه .

﴿ المسئلة الثالثة ﴾ قراءة القرآن للجنب اختلف الناس في ذلك فذهب الجمهور الى منع ذلك وذهب قوم الى إباحته . والسبب فى ذلك الاحتمال المتطرق الى حديث على انه قال : كان عليه الصلاة والسلام لا يمنعه من قراءة القرآن شئ الا الجنابة وذلك ان قوما قالوا ان هذا لايوجب شيئا لانه ظن من الراوى ومن اين يعلم أحد ان ترك القراءة كان لموضع الجنابة إلا لو أخبره بذلك والجمهور رأوا انه لم يكن على رضى الله عنه ليقول هذا عن توهم ولاظن وانما قاله عن تحقق، وقوم جعلوا الحائض في هــذا الاختلاف بمنزلة الجنب، وقوم فرقوا بينهما فاجازوا للحائض القراءة القليلة استحسانا لطول مقامها حائضا وهو مذهب مالك فهذه هي أحكام الجنابة .

(وأما أحكام الدماء الخارجة من الرحم) فالكلام المحيط بأصولها ينحصر في ثلاثة أبواب الاول معرفة أنواع الدماء الخارجة من الرحم، والثانى معرفة العلامات التى تدل على انتقال الطهر الى الحيض والحيض الى الطهر أو الاستحاضة والاستحاضة أيضا الى الطهر والثالث معرفة أحكام الحيض والاستحاضة أعنى موانعهما وموجباتهما ونحن نذكر فى كل باب من هذه الابواب الثلاثة من المسائل ما يجرى مجرى القواعد والاصول لجميع ما في هذا الباب على ما قصدنا اليه مما اتفقوا عليه واختلفوا فيه .

﴿الباب الاول﴾

اتفق المسلمون على ان الدماء التى تخرج من الرحم ثلاثة . دم حيض وهو الخارج على جهة الصحة . ودم استحاضة وهو الخارج على جهة المرض وأنه غير دم الحيض لقوله عليه الصلاة والسلام : انما ذلك عرق وليس بالحيضة ودم نفاس وهو الخارج مع الولد .

﴿ الباب الثانى ﴾

إما معرفة علامات انتقال هــذه الدماء بعضها الى بعــض وانتقال الطهر الى الحيض

والحيض الى الطهر فان معرفة ذلك في الاكثر تنبنى على معرفة أيام الدماء المعتادة وأيام الاطهار ونحن نذكر منها مايجرى مجرى الاصول وهي سبع مسائل .

﴿المسئلة الاولى﴾ اختلف العلماء في أكثر أيام الحيض وأقلها وأقل أيام الطهر فروى عن مالك أن اكثر أيام الحيض خمسة عشر يوما وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة أكثره عشرة أيام وأما أقل أيام الحيض فلا حد لها عند مالك بل قد تكون الدفعة الواحدة عنده حيضا الا أنه لايعتد بها في الاقراء في الطلاق وقال الشافعي اقله يوم وليلة وقال أبو حنيفة اقله ثلاثة أيام وأما أقل الطهر فاضطربت فيه الرويات عن مالك فروى عنه عشرة أيام وروى عنه ثمانية أيام وروى خمسة عشر يوما والى هذه الرواية مال البغداديون من أصحابه وبها قال الشافعي وأبو حنيفة وقيل سبعة عشر يوما وهو أقصى ماانعقد عليه الاجماع فيما أحسب . وأما أكثر الطهر فليس له عندهم حد واذا كان هذا موضوعا من أقاويلهم فمن كان لاقل الحيض عنده قدر معلوم وجب أن يكون ماكان أقل من ذلك القدر اذا ورد في سن الحيض عنده استحاضة، ومن لم يكن لاقل الحيض عنده قدر محدود وجب أن تكون الدفعة عنده حيضا ومن كان أيضا عنده أكثره محدود أوجب ان يكون مازاد على ذلك القدر عنده استحاضة . ولكن متحصل مذهب مالك في ذلك ان النساء على ضربين مبتدأة ومعتادة فالمبتدأة تترك الصلاة برؤية أول دم تراه الى تمام خمسة عشر يوما فان لم ينقطع صلت وكانت مستحاضة وبه قال الشافعي الا أن مالكا قال تصلى من حين تتيقن الاستحاضة وعند الشافعي انها تعيد صلاة ماسلف لها من الايام الا أقل الحيض عنده وهو يوم وليلة وقيل عن مالك بل تعتد أيام لداتها ثم تستظهر بثلاثة أيام فان لم ينقطع الدم فهي مستحاضة. وأما المعتادة ففيها روايتان عن مالك أحدهما بناؤها على عادتها وزيادة ثلاثة أيام مالم تتجاوز أكثر مدة الحيض . والثانية جلوسها الى انقضاء أكثر مدة الحيض أوتعمل على التمييز ان كانت من أهل التمييز وقال الشافعي تعمل على أيام عادتها وهذه الاقاويل كلها المختلف فيها عند الفقهاء في أقل الحيض وأكثره وأقل الطهر لامستند لها الا التجربة والعادة وكل انما قال من ذلك ماظن أن التجربة أوقفته على ذلك ولاختلاف ذلك في النساء عسر أن يعرف بالتجربة حدود هذه الاشياء في أكثر النساء ووقع في ذلك هذا الخلاف الذى ذكرنا وانما أجمعوا بالجملة على ان الدم اذا تمادى أكثر من مدة أكثر الحيض انه استحاضة لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم الثابت لفاطمة بنت حبيش فاذا أقبلت الحيضة فاتركى الصلاة فاذا ذهبت قدرها فاغسلى عنك الدم وصلى، والمتجاوزة لأمد أكثر أيام الحيض قد ذهب عنها قدرها ضرورة وانما صار الشافعي ومالك رحمه الله في المعتادة في احدى

الروايتين عنه الى أنها تبنى على عادتها لحديث أم سلمة الذى رواه في الموطأ ان امرأة كانت تهراق الدماء على عهد رسول صلى الله عليه وسلم فاستفتت لها أم سلمة رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : لتنظر الى عدد الليالى والايام التى كانت تحيضهن من الشهر قبل أن يصيبها الذى أصابها فلتترك الصلاة قدر ذلك من الشهر فاذا خلفت ذلك فلتغتسل ثم لتستتر بثوب ثم لتصل فألحقوا حكم الحائض التى تشك في الاستحاضة بحكم المستحاضة التى تشك في الحيض وانما رأى أيضا في المبتدئة أن يعتبر أيام لداتها لان أيام لداتها شبيهة بأيامها فجعل حكمهما واحداً . وأما الاستظهار الذى قال به مالك بثلاثة ايام فهو شىء انفرد به مالك وأصحابه رحمهم الله وخالفهم في ذلك جميع فقهاء الامصار ماعدا الاوزاعى اذ لم يكن لذلك ذكر فى الاحاديث الثابتة وقد روى فى ذلك اثر ضعيف .

(المسئلة الثانية) ذهب مالك وأصحابه في الحائض التى تقطع حيضتها وذلك بأن تحيض يوما أو يومين وتطهر يوما أو يومين الى أنها تجمع أيام الدم بعضها الى بعض وتلغى أيام الطهر وتغتسل في كل يوم ترى فيه الطهر أول ما تراه وتصلى فانها لاتدرى لعل ذلك طهر فاذا اجتمع لها من أيام الدم خمسة عشر يوما فهى مستحاضة وبهذا القول قال الشافعى وروى عن مالك أيضا أنها تلفق أيام الدم وتعتبر بذلك أيام عادتها فان ساوتها استظهرت بثلاثة أيام فان انقطع الدم والا فهى مستحاضة وجعل الايام التى لا ترى فيها الدم غير معتبرة في العدد لا معنى له فانه لا تخلو تلك الايام ان تكون أيام حيض أو أيام طهر فان كانت أيام حيض فيجب ان تلفقها الى أيام الدم وان كانت أيام طهر فليس يجب ان تلفق أيام الدم اذا كان قد تخللها طهر والذى يجىء على أصوله أنها أيام حيض لا أيام طهر اذ أقل الطهر عنده محدود وهو أكثر من اليوم واليومين فتدبر هذا فانه بين ان شاء الله تعالى والحق أن دم الحيض ودم النفاس يجرى ثم ينقطع يوما أو يومين ثم يعود حتى تنقضى أيام الحيض أو أيام النفاس كما تجرى ساعة أو ساعتين من النهار ثم ينقطع .

(المسئلة الثالثة) اختلفوا في أقل النفاس وأكثره فذهب مالك الى أنه لا حد لأقله وبه قال الشافعى ، وذهب أبو حنيفة وقوم الى أنه محدود فقال أبو حنيفة هو خمسة وعشرون يوما وقال أبو يوسف صاحبه أحد عشر يوما وقال الحسن البصرى عشرون يوما . وأما أكثره فقال مالك مرة هو ستون يوما ثم رجع عن ذلك فقال يسأل عن ذلك النساء وأصحابه ثابتون على القول الاول وبه قال الشافعى وأكثر أهل العلم من الصحابة على ان أكثره أربعون يوما وبه قال أبو حنيفة وقد قيل تعتبر المرأة في ذلك أيام أشباهها من النساء فاذا جاوزتها فهى مستحاضة ، وفرق قوم بين ولادة الذكر

وولادة الانثى فقالوا للذكر ثلاثون يوما وللانثى أربعون يوما . وسبب الخلاف عسر الوقوف على ذلك بالتحديد لاختلاف أحوال النساء في ذلك ولانه ليس هناك سنة يعمل عليها كالحال في اختلافهم في أيام الحيض والطهر.

(المسئلة الرابعة) اختلف الفقهاء قديما وحديثاً هل الدم الذى ترى الحامل هو حيض أم استحاضة فذهب مالك والشافعى فى أصح قوليه وغيرهما الى ان الحامل تحيض وذهب أبو حنيفة وأحمد والثورى وغيرهم الى ان الحامل لا تحيض وان الدم الظاهر لها دم فساد وعلة الا أن يصيبها الطلق فانهم اجمعوا على انه دم نفاس وان حكمه حكم الحيض في منعه الصلاة وغير ذلك من احكامه. ولمالك وأصحابه في معرفة انتقال الحائض الحامل اذا تمادى بها الدم من حكم الحيض الى حكم الاستحاضة أقوال مضطربة، أحدها ان حكمها حكم الحائض نفسها أعنى اما ان تقعد أكثر أيام الحيض ثم هي مستحاضة وإما ان تستظهر على أيامها المعتادة بثلاثة ايام مالم يكن مجموع ذلك أكثر من خمسة عشر يوما وقيل انها تقعد حائضا ضعف أكثر أيام الحيض وقيل أنها تضعف أكثر أيام الحيض بعدد الشهور التى مرت لها ففى الشهر الثانى من حملها تضعف أيام أكثر الحيض مرتين وفي الثالث ثلاث مرات وفى الرابع اربع وكذلك مازادت الاشهر . وسبب اختلافهم في ذلك عسر الوقوف على ذلك بالتجربة واختلاط الامرين فانه مرة يكون الدم الذى تراه الحامل دم حيض وذلك اذا كانت قوة المرأة وافرة والجنين صغيراً وبذلك أمكن أن يكون حمل على حمل على ما حكاه بقراط وجالينوس وسائر الاطباء ومرة يكون الدم الذى تراه الحامل لضعف الجنين ومرضه التابع لضعفها ومرضها في الاكثر فيكون دم علة ومرض وهو في الاكثر دم علة.

(المسئلة الخامسة) اختلف الفقهاء في الصفرة والكدرة هل هي حيض أم لا. فرأت جماعة أنها حيض في أيام الحيض وبه قال الشافعى وأبو حنيفة وروى مثل ذلك عن مالك وفي المدونة عنه ان الصفرة والكدرة حيض في ايام الحيض وفي غير أيام الحيض رأت ذلك مع الدم او لم تره . وقال داود وابو يوسف ان الصفرة والكدرة لاتكون حيضة الا باثر الدم . والسبب فى اختلافهم مخالفة ظاهر حديث ام عطية لحديث عائشة وذلك انه روى عن ام عطية انها قالت : كنا لا نعد الصفرة والكدرة بعد الغسل شيئاً وروى عن عائشة ان النساء كن يبعثن اليها بالدرجة فيها الكرسف فيه الصفرة والكدرة من دم الحيض يسئلنها عن الصلاة فتقول : لا تعجلن حتى ترين القصة البيضاء فمن رجح حديث عائشة جعل الصفرة والكدرة حيضا سواء ظهرت فى ايام الحيض او فى غير أيامه مع الدم او بلا دم فان حكم الشىء الواحد فى نفسه ليس يختلف ومن

رام الجمع بين الحديثين قال ان حديث أم عطية هو بعد انقطاع الدم وحديث عائشة فى أثر انقطاعه أو ان حديث عائشة هو فى أيام الحيض وحديث ام عطية فى غير ايام الحيض وقد ذهب قوم الى ظاهر حديث ام عطية ولم يروا الصفرة ولا الكدرة شيئاً لا فى ايام حيض ولا فى غيرها ولا باثر الدم ولا بعد انقطاعه لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم: دم الحيض دم اسود يعرف ولان الصفرة والكدرة ليست بدم وانما هى من سائر الرطوبات التى ترخيها الرحم وهو مذهب ابى محمد بن حزم.

(المسئلة السادسة) اختلف الفقهاء فى علامة الطهر فرأى قوم ان علامة الطهر رؤية القصة البيضاء او الجفوف وبه قال ابن حبيب من اصحاب مالك وسواء كانت المرأة ممن عادتها ان تطهر بالقصة البيضاء او بالجفوف اى ذلك رأت طهرت به، وفرق قوم فقالوا ان كانت المرأة ممن ترى القصة البيضاء فلا تطهر حتى تراها وان كانت ممن لا تراها فطهرها الجفوف وذلك فى المدونة عن مالك * وسبب اختلافهم ان منهم من راعى العادة ومنهم ومنهم من راعى انقطاع الدم فقط وقد قيل ان التى عادتها الجفوف تطهر بالقصة البيضاء ولا تطهر التى عادتها القصة البيضاء بالجفوف وقد قيل بعكس هذا وكله لاصحاب مالك

(المسئلة السابعة) اختلف الفقهاء فى المستحاضة اذا تمادى بها الدم متى يكون حكمها حكم الحائض كما اختلفوا فى الحائض اذ تمادى بها الدم متى يكون حكمها حكم المستحاضة وقد تقدم ذلك فقال مالك فى المستحاضة ابدا حكمها حكم الطاهرة الى ان يتغير الدم الى صفة الحيض وذلك اذا مضى لاستحاضتها من الايام ما هو أكثر من أقل ايام الطهر فحينئذ تكون حائضا أعنى اذا اجتمع لها هذان الشيئان تغير الدم وان يمر لها فى الاستحاضة من الايام ما يمكن ان يكون طهرا والا فهى مستحاضة أبدا . وقال أبو حنيفة تقعد أيام عادتها ان كانت لها عادة وان كانت مبتدأة قعدت أكثر الحيض وذلك عنده عشرة أيام وقال الشافعى تعمل على التمييز إن كانت من أهل التمييز وان كانت من أهل العادة عملت على العادة وان كانت من أهلهما معا فله فى ذلك قولان ، أحدهما تعمل على التمييز ؛ والثانى على العادة .

والسبب فى اختلافهم ان فى ذلك حديثين مختلفين ؛ أحدهما حديث عائشة عن فاطمة بنت أبى حبيش أن النبى عليه الصلاة والسلام أمرها وكانت مستحاضة أن تدع الصلاة قدر أيامها التى كانت تحيض فيها قبل ان يصيبها الذى أصابها ثم تغتسل وتصلى وفى معناه أيضا حديث أم سلمة المتقدم الذى خرجه مالك والحديث الثانى ما خرجه أبو داود من حديث فاطمة بنت أبى حبيش انها كانت استحيضت فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم: إن دم الحيضة أسود يعرف فاذا كان ذلك فامكثى عن الصلاة واذا كان الآخر فتوضئى وصلى فانما هو عرق وهذا الحديث صححه أبو محمد بن حزم

فمن هؤلاء من ذهب مذهب الترجيح ومنهم من ذهب مذهب الجمع، فمن ذهب مذهب ترجيح حديث أم سلمة وما ورد في معناه قال باعتبار الايام ومالك رضى الله عنه اعتبر عدد الايام فقط في الحائض التى تشك في الاستحاضة ولم يعتبرها في المستحاضة التى تشك في الحيض أعنى لاعددها ولا موضعها من الشهر اذ كان عندها ذلك معلوما والنص انما جاء في المستحاضة التى تشك في الحيض فاعتبر الحكم في الفرع ولم يعتبره فى الاصل وهذا غريب فتأمله ومن رجح حديث فاطمة بنت أبى حبيش قال باعتبار اللون ومن هؤلاء من راعى مع اعتبار لون الدم مضى ما يمكن أن يكون طهرا من أيام الاستحاضة وهو قول مالك فيما حكاه عبد الوهاب. ومنهم من لم يراع ذلك ومن جمع بين الحديثين قال الحديث الاول هو في التى تعرف عدد أيامها من الشهر وموضعها والثانى في التى لاتعرف عددها ولا موضعها وتعرف لون الدم ومنهم من رأى أنها ان لم تكن من أهل التمييز ولا تعرف موضع أيامها من الشهر وتعرف عددها أولاتعرف عددها أنها تتحرى على حديث حمنة بنت جحش صححه الترمذى وفيه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لها انما هي ركضة من الشيطان فتحيضى ستة أيام أو سبعة أيام في علم الله ثم اغتسلى وسيأتى الحديث بكماله بعد عند حكم المستحاضة في الطهر فهذه هي مشهورات المسائل التى في هذا الباب وهي بالجملة واقعة فى أربعة مواضع، أحدها معرفة انتقال الطهر الى الحيض والثانى معرفة انتقال الحيض الى الطهر، والثالث معرفة انتقال الحيض الى الاستحاضة والرابع معرفة انتقال الاستحاضة الى الحيض وهو الذى وردت فيه الاحاديث وأما الثلاثة فمسكوت عنها أعنى عن تحديدها وكذلك الامر في انتقال النفاس الى الاستحاضة

﴿ الباب الثالث ﴾ وهو معرفة أحكام الحيض والاستحاضة والاصل في هذا الباب قوله تعالى (ويسئلونك عن المحيض) الآية والاحاديث الواردة في ذلك التى سنذكرها واتفق المسلمون على ان الحيض يمنع أربعة أشياء، أحدها فعل الصلاة ووجوبها أعنى انه ليس يجب على الحائض قضاؤها بخلاف الصوم، والثانى انه يمنع فعل الصوم لاقضاءه لذلك لحديث عائشة الثابت انها قالت: كنا نؤمر بقضاء الصوم ولا نؤمر بقضاء الصلاة وانما قال بوجوب القضاء عليها طائفة من الخوارج، والثالث فيما أحسب الطواف لحديث عائشة الثابت حين أمرها رسول الله صلى الله عليه وسلم أن تفعل كل ما يفعل الحاج غير الطواف بالبيت؛ والرابع الجماع فى الفرج لقوله تعالى (فاعتزلوا النساء فى المحيض) الآية. واختلفوا من أحكامها فى مسائل نذكر منها مشهوراتها وهي خمس.

﴿ المسئلة الاولى ﴾ اختلف الفقهاء في مباشرة الحائض وما يستباح منها فقال مالك والشافعى وأبو حنيفة له منها ما فوق الازار فقط وقال سفيان الثورى وداود

الظاهري أنمـا يجب عليه ان يجتنب موضع الدم فقط . وسبب اختلافهم ظواهر الاحاديث الواردة في ذلك والاحتمال الذي في مفهوم آية الحيض وذلك انه ورد في الاحاديث الصحاح عن عائشة وميمونة وأم سلمة انه عليه الصـلاة والسلام : كان يأمر اذا كانت احداهن حائضا أن تشد عليها ازارها ثم يباشرها وورد أيضا من حديث ثابت بن قيس عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال اصنعوا كل شيء بالحائض الا النكاح وذكر أبوداود عن عائشة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لها وهي حائض اكشفي عن فخذك قالت فكشفت فوضع خده وصدره على فخـذي وحنيت عليه حتى دفي وكان قد أوجعه البرد وأما الاحتمال الذي في آية الحيض فهو ترددقوله تعالى (قل هو أذى فاعتزلوا النساء في المحيض) بين أن يحمل على عمومه الاما خصصه الدليل أو ان يكون من باب العام أريد به الخاص بدليل قوله تعالى فيه (قل هو أذى) والاذى انما يكون في موضع الدم فمن كان المفهوم منه عنده العموم أعني أنه اذا كان الواجب عنده ان يحمل هذا القول على عمومه حتى يخصصه الدليل استثنى من ذلك مافوق الازار بالسنة اذ المشهور جواز تخصيص الكتاب بالسنة عند الاصوليين ومن كان عنده من باب العام اريد به الخاص رجح هذه الآية على الآثار المانعة مما تحت الازار وقوى ذلك عنده بالآثار المعارضة للآثار المانعة مما تحت الازار ومن الناس من رام الجمع بين هذه الآثار وبين مفهوم الآية على هذا المعنى الذي نبه عليه الخطاب الوارد فيها وهو كونه اذى فحمل أحاديث المنع لما تحت الازار على الكراهية وأحاديث الاباحة ومفهوم الآية على الجواز ورجحوا تأويلهم هذا بأنه قد دلت السنة انه ليس من جسم الحائض شيء نجس الا موضع الدم وذلك أن رسول الله صلى الله عليه وسلم سأل عائشة أن تناوله الخمرة وهي حائض فقالت اني حائض فقال عليه الصلاة والسلام: ان حيضتك ليست في يدك وماثبت أيضا من ترجيلها رأسه عليه الصلاة والسلام وهي حائض وقوله عليه الصلاة والسلام : ان المؤمن لاينجس .

(المسئلة الثانية) اختلفوا في وطء الحائض في طهرها وقبل الاغتسال فذهب مالك والشافعي والجمهور الى ان ذلك لايجوز حتى تغتسل وذهب أبوحنيفة وأصحابه الى أن ذلك جائز اذا طهرت لاكثر أمد الحيض وهو عنده عشرة أيام وذهب الاوزاعي الى أنها ان غسلت فرجها بالماء جاز وطؤها أعني كل حائض طهـرت متى طهرت وبه قال أبو محمـد بن حزم . وسبب اختلافهم الاحتمال الذي في قوله تعالى (فاذا تطهرن فأتوهن من حيث أمركم الله) هـل المـراد به الطهر الذي هو انقطاع دم الحيض أم الطهر بالماء ثم ان كان الطهر بالمـاء هـل المراد به طهر جميـع الجسد أم طهر الفرج فان الطهر في كلام العرب وعرف الشرع اسم مشترك يقال على هذه

الثلاثة المعاني وقد رجح الجمهور مذهبهم بأن صيغة التفعل انما تنطلق على ما يكون من فعل المكلفين لا على ما يكون من فعل غيرهم فيكون قوله تعالى (فاذا تطهرن) أظهر في معنى الغسل بالماء منه في الطهر الذي هو انقطاع الدم والاظهر يجب المصير اليه حتى يدل الدليل على خلافه ورجح أبو حنيفة مذهبه بأن لفظ يفعلن في قوله تعالى (حتى يطهرن) هو أظهر في الطهر الذي هو انقطاع دم الحيض منه في التطهر بالماء والمسئلة كما ترى محتملة ويجب على من فهم من لفظ الطهر في قوله تعالى حتى يطهرن معنى واحداً من هذه المعاني الثلاثة ان يفهم ذلك المعنى بعينه من قوله تعالى فاذا تطهرن لانه مما ليس يمكن أو مما يعسر أن يجمع في الآية بين معنيين من هذه المعاني مختلفين حتى يفهم من لفظة يطهرن النقاء ويفهم من لفظ تطهرن الغسل بالماء على ما جرت به عادة المالكيين في الاحتجاج لمالك فانه ليس من عادة العرب ان يقولوا لا تعط فلانا درهما حتى يدخل الدار فاذا دخل المسجد فأعطه درهما بل انما يقولون واذا دخل الدار فأعطه درهما لان الجملة الثانية هي مؤكدة لمفهوم الجملة الاولى ومن تأول قوله تعالى (ولاتقربوهن حتى يطهرن) على أنه النقاء وقوله (فاذا تطهرن) على انه الغسل بالماء فهو بمنزلة من قال لاتعط فلانا درهما حتى يدخل الدار فاذا دخل المسجد فأعطه درهما وذلك غير مفهوم في كلام العرب الا ان يكون هنالك محذوف ويكون تقدير الكلام ولا تقربوهن حتى يطهرن ويتطهرن فاذا تطهرن فأتوهن من حيث أمركم الله وفي تقدير هذا الحذف بعد ما ولا دليل عليه الا ان يقول قائل ظهور لفظ التطهر في معنى الاغتسال هو الدليل عليه لكن هذا يعارضه ظهور عدم الحذف في الآية فان الحذف مجاز وحمل الكلام على الحقيقة أظهر من حمله على المجاز وكذلك فرض المجتهد ههنا اذا انتهى بنظره الى مثل هذا الموضع ان يوازن بين الظاهرين فما ترجح عنده منهما على صاحبه عمل عليه وأعني بالظاهرين أن يقايس بين ظهور لفظ فاذا تطهرن في الاغتسال بالماء وظهور عدم الحذف في الآية ان أحب أن يحمل لفظ تطهرن على ظاهره من النقاء فأي الظاهرين كان عنده أرجح عمل عليه أعني اما الا يقدر في الآية حذفا ويحمل لفظ فاذا تطهرن على النقاء أو يقدر في الآية حذفا ويحمل لفظ فاذا تطهرن على الغسل بالماء أو يقايس بين ظهور لفظ فاذا تطهرن في الاغتسال وظهور لفظ يطهرن في النقاء فأي كان عنده أظهر أيضا صرف تأويل اللفظ الثاني له وعمل على انهما يدلان في الآية على معنى واحد أعني إما على معنى النقاء وإما على معنى الاغتسال بالماء وليس في طباع النظر الفقهي ان ينتهي في هذه الاشياء الى أكثر من هذا فتأمله وفي مثل هذه الحال يسوغ أن يقال كل مجتهد مصيب وأما اعتبار أبي حنيفة أكثر الحيض في هذه المسئلة فضعيف .

(المسئلة الثالثة) اختلف الفقهاء في الذى يأتى امرأته وهي حائض فقال مالك والشافعي وأبو حنيفة يستغفر الله ولا شيء عليه وقال أحمد بن حنبل يتصدق بدينار أو بنصف دينار وقالت فرقة من أهل الحديث ان وطئ في الدم فعليه دينار وان وطئ في انقطاع الدم فنصف دينار . وسبب اختلافهم في ذلك اختلافهم في صحة الاحاديث الواردة في ذلك أو وهيها وذلك أنه روى عن ابن عباس عن النبي صلى الله عليه وسلم في الذى يأتى امرأته وهي حائض انه يتصدق بدينار وروى عنه بنصف دينار وكذلك روى أيضا في حديث ابن عباس هذا : انه ان وطيء في الدم فعليه دينار وان وطيء في انقطاع الدم فنصف دينار وروى في هذا الحديث يتصدق بخمسى دينار وبه قال الاوزاعي فمن صح عنده شيء من هذه الاحاديث صار الى العمل بها ومن لم يصح عنده شيء منها وهم الجمهور عمل على الاصل الذى هو سقوط الحكم حتى يثبت بدليل.

(المسئلة الرابعة) اختلف العلماء في المستحاضة. فقوم أوجبوا عليها طهرا واحدا فقط وذلك عند ما ترى انه قد انقضت حيضتها باحدى تلك العلامات التي تقدمت على حسب مذهب هؤلاء في تلك العلامات وهؤلاء الذين أوجبوا عليها طهرا واحدا انقسموا قسمين. فقوم أوجبوا عليها ان تتوضأ لكل صلاة وقوم استحبوا ذلك لها ولم يوجبوه عليها والذين أوجبوا عليها طهرا واحدا فقط هم مالك والشافعي وأبو حنيفة وأصحابهم وأكثر فقهاء الامصار وأكثر هؤلاء أوجبوا عليها أن تتوضأ لكل صلاة وبعضهم لم يوجب عليها الا استحبابا وهو مذهب مالك وقوم آخرون غير هؤلاء رأوا أن على المستحاضة أن تتطهر لكل صلاة وقوم رأوا أن الواجب ان تؤخر الظهر الى أول العصر ثم تتطهر وتجمع بين الصلاتين وكذلك تؤخر المغرب الى آخر وقتها وأول وقت العشاء وتتطهر طهرا ثانيا وتجمع بينهما ثم تتطهر طهرا ثالثا لصلاة الصبح فأوجبوا عليها ثلاثة اطهار في اليوم والليلة وقوم رأوا أن عليها طهرا واحدا في اليوم والليلة ومن هؤلاء من لم يحدله وقتا وهو مروى عن علي ومنهم من رأى أن تتطهر من طهر الى طهر فيتحصل في المسئلة بالجملة أربعة أقوال قول انه ليس عليها الا طهر واحد فقط عند انقطاع دم الحيض ، وقول ان عليها الطهر لكل صلاة ، وقول ان عليها ثلاثة اطهار في اليوم والليلة ، وقول ان عليها طهرا واحدا في اليوم والليلة. والسبب في اختلافهم في هذه المسئلة هو اختلاف ظواهر الاحاديث الواردة في ذلك وذلك ان الوارد في ذلك من الاحاديث المشهورة أربعة أحاديث واحد منها متفق على صحته وثلاثة مختلف فيها أما المتفق على صحته فحديث عائشة قالت : جاءت فاطمة ابنة أبى حبيش الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله ، انى امرأة أستحاض فلا أطهر أفأدع الصلاة فقال لها عليه الصلاة والسلام ، لا انما ذلك عرق

وليست بالحيضة فإذا اقبلت الحيضة فدعى الصلاة واذا أدبرت فاغسلى عنك الدم وصلى وفي بعض روايات هذا الحديث وتوضئى لكل صلاة وهذه الزيادة لم يخرجها البخارى ولا مسلم وخرجها ابو داود وصححها قوم من أهل الحديث والحديث الثانى حديث عائشة عن أم حبيبة بنت جحش امرأة عبد الرحمن بن عوف انها استحاضت فأمرها رسول الله صلى الله عليه وسلم ان تغتسل لكل صلاة وهذا الحديث هكذا أسنده اسحاق عن الزهرى وأما سائر اصحاب الزهرى فانما رووا عنه انها استحيضت فسالت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال لها : انما هو عرق وليست بالحيضة وامرها أن تغتسل وتصلى فكانت تغتسل لكل صلاة على ان ذلك هو الذى فهمت منه لا ان ذلك منقول عن لفظه عليه الصلاة والسلام ومن هذا الطريق خرجه البخارى .واما الثالث فحديث اسماء ابنة عميس أنها قالت يا رسول الله ان فاطمة ابنة أبى حبيش استحيضت فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : لتغتسل للظهر والعصر غسلا واحدا وللمغرب والعشاء غسلا واحداً وتغتسل للفجر وتتوضأ فيما بين ذلك خرجه ابو داود وصححه ابو محمد بن حزم . واما الرابع فحديث حمنة ابنة جحش وفيه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم خيرها بين ان تصلى الصلوات بطهر واحد عند ما ترى انه قد انقطع دم الحيض وبين ان تغتسل في اليوم والليلة ثلاث مرات على حديث اسماء بنت عميس الا ان هنالك ظاهره على الوجوب وهنا على التخيير فلما اختلف ظواهر هذه الاحاديث ذهب الفقهاء في تأويلها أربعة مذاهب مذهب النسخ، ومذهب الترجيح، ومذهب الجمع، ومذهب البناء والفرق بين الجمع والبناء ان البانى ليس يرى ان هنالك تعارضا فيجمع بين الحديثين وأما الجامع فهو يرى ان هنالك تعارضا في الظاهر فتامل هـذا فانه فرق بين.أما من ذهب مذهب الترجيح فمن أخذ بحديث فاطمة ابنة حبيش لمكان الاتفاق على صحته عمل على ظاهره أعنى من أنه لم يامرها صلى الله عليه وسلم ان تغتسل لكل صلاة ولا ان تجمع بين الصلوات بغسل واحد ولا بشيء من تلك المذاهب الى هذا ذهب مالك وأبو حنيفة والشافعى وأصحاب هؤلاء وهم الجمهور ومن صحت عنده من هؤلاء الزيادة الواردة فيه وهو الامر بالوضوء لكل صلاة أوجب ذلك عليها.ومن لم تصح عنده لم يوجب ذلك عليها وأما من ذهب مذهب البناء فقال انه ليس بين حديث فاطمة وحديث أم حبيبة الذى من رواته ابن اسحق تعارض أصلا وان الذى في حديث أم حبيبة من ذلك زيادة على ما في حديث فاطمة فان حديث فاطمة انما وقع الجواب فيه عن السؤال هل ذلك الدم حيض يمنع الصلاة أم لا فاخبرها عليه الصلاة والسلام انها ليست بحيضة تمنع الصلاة ولم يخبرها فيه بوجوب الطهر أصلا لكل صلاة ولا عند انقطاع دم الحيض وفي حديث أم حبيبة أمرها

بشيء واحد وهو التطهر لـكل صلاة لكن للجمهور أن يقولوا ان تأخير البيان عن وقت الحاجة لا يجوز فلو كان واجبا عليها الطهر لـكل صلاة لأخبرها بذلك ويبعد أن يدعى مدع انها كانت تعرف ذلك مع انها كانت تجهل الفرق بين الاستحاضة والحيض وأما تركه عليه الصلاة والسلام إعلامها بالطهر الواجب عليها عند انقطاع دم الحيض فضمن في قوله انها ليست بالحيضة لانه كان معلوما من سنته عليه الصلاة والسلام ان انقطاع الحيض يوجب الغسل فاذاً انما لم يخبرها بذلك لانها كانت عالمة به وليس الامر كذلك في وجوب الطهر لكل صلاة الا ان يدعى مدع ان هذه الزيادة لم تكن قبل ثابتة وتثبت بعد فيتطرق الى ذلك المسئلة المشهورة هل الزيادة نسخ أم لا وقد روى في بعض طرق حديث فاطمة امره عليه الصلاة والسلام لها بالغسل . فهذا هو حال من ذهب مذهب الترجيح ومذهب البناء . واما من ذهب مذهب النسخ فقال ان حديث اسماء بنت عميس ناسخ لحديث ام حبيبة واستدل على ذلك بما روى عن عائشة ان سهلة ابنة سهيل استحيضت وان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يامرها بالغسل عند كل صلاة فلما جهدها ذلك امرها ان تجمع بين الظهر والعصر في غسل واحد والمغرب والعشاء في غسل واحد وتغتسل ثالثا للصبح . واما الذين ذهبوا مذهب الجمع فقالوا ان حديث فاطمة ابنة حبيش محمول على التي تعرف أيام الحيض من أيام الاستحاضة وحديث أم حبيبة محمول على التي لاتعرف ذلك فأمرت بالطهر في كل وقت احتياطا للصلاة وذلك ان هذه اذا قامت الى الصلاة يحتمل أن تكون طهرت فيجب عليها أن تغتسل لـكل صلاة . وأما حديث أسماء ابنة عميس فمحمول على التى لايتميز لها أيام الحيض من أيام الاستحاضة الا انه قد ينقطع عنها في أوقات فهذه اذا انقطع عنها الدم وجب عليها أن تغتسل وتصلى بذلك الغسل صلاتين. وهنا قوم ذهبوا مذهب التخيير بين حديثى أم حبيبة وأسماء واحتجوا لذلك بحديث حمنة ابنة جحش وفيه أن رسـول الله صلى الله عليه وسلم خيرها وهؤلاء . منهم من قال ان المخيرة هي التى لاتعرف أيام حيضتها . ومنهم من قال بل هي المستحاضة على الاطلاق عارفة كانت أو غير عارفة وهذا قول خامس في المسئلة الاان الذى في حديث حمنة ابنة جحش انما هو التخيير بين أن تصلى الصلوات كلها بطهر واحد وبين أن تتطهر في اليوم والليلة ثلاث مرات . وأما من ذهب الى ان الواجب أن تتطهر في كل يوم مرة واحدة فلعله انما أوجب ذلك عليها لمكان الشك ولست أعلم في ذلك أثرا .

(المسئلة الخامسة) اختلف العلماء في جواز وطء المستحاضة على ثلاثة أقوال فقال قوم يجوز وطؤها وهو الذى عليه فقهاء الامصار وهو مروى عن ابن عباس وسعيد

ابن المسيب وجماعة من التابعين، وقال قوم ليس يجوز وطؤها وهومروى عن عائشة وبه قال النخعي والحكم، وقال قوم لايأتيها زوجها الا أن يطول ذلك بها وبهذا القول قال احمد بن حنبل . وسبب اختلافهم هل اباحة الصلاة لهــا هي رخصة لمكان تأكيد وجوب الصلاة أم انما أبيحت لها لان حكمها حكم الطاهر فمن رأى ان ذلك رخصة لم يجز لزوجها أن يطأها ومن رأى ان ذلك لان حكمها حكم الطاهر أباح لها ذلك وهى بالجملة مسئلة مسكوت عنها وأما التفريق بين الطول ولا طول فاستحسان .

﴿ كتاب التيمم ﴾

والقول المحيط باصول هــذا الكتاب يشتمل بالجملة على سبعة أبواب . الباب الاول في معرفة الطهارة التي هذه الطهارة بدل منها، الثانى في معرفة من تجوز له هذه الطهارة، الثالث في معرفة شروط جواز هذه الطهارة ؛ الرابع في صفة هذه الطهارة ، الخامس فيما تصنع به هذه الطهارة ، السادس في نواقض هذه الطهارة ، السابع فى الاشياء التى هذه الطهارة شرط في صحتها أوفي استباحتها .

﴿ الباب الاول ﴾

اتفق العلماء على أن هذه الطهارة هى بدل من الطهارة الصغرى واختلفوا في الكبرى فروى عن عمر وابن مسعود انهما كانا لايريانها بدلا من الكبرى وكان علي وغــيره من الصحابة يرون ان التيمم يكون بدلا من الطهارة الكبرى وبه قال عامة الفقهاء . والسبب في اختلافهم الاحتمال الوارد في آية التيمم وانهلم تصح عندهم الآثار الواردة بالتيمم للجنب أما الاحتمال الوارد في الآية فلان قوله تعالى (فلم تجدوا ماء فتيمموا) يحتمل أن يعود الضمير الذى فيه على المحدث حدثا أصغر فقط ويحتمل أن يعود عليهما معا لكن من كانت الملامسة عنده في الآية الجماع فالاظهر انه عائد عليهما معا ومن كانت الملامسة عنده هى اللمس باليد أعنى فى قوله تعالى (أو لامستم النســاء) فالاظهر انه انما يعود الضمير عنده على المحدث حدثا أصغر فقط اذ كانت الضمائر انما يحمل أبدا عودها على أقرب مذكور الا ان يقدر في الآية تقديما وتاخيرا حتى يكون تقديرها هكذا ياأيها الذين آمنوا اذا قمتم الى الصلاة أوجاء أحدمنكم من الغائط أولامستم النساء فاغسلوا وجوهكم وأيديكم الى المرافق وامسحوا برؤسكم وأرجلكم الى الكعبين وان كنتم جنبا فاطهروا وان كنتم مرضى أو على سفر فلم تجدوا ماء فتيمموا صعيد

طيبا ومثل هـذا ليس ينبغي أن يصار اليه الابدليل فان التقديم والتاخير مجاز وحمل الكلام على الحقيقة أولى من حمله على المجاز وقد يظن ان في الآية شيئا يقتضى تقديمه وتاخيرا وهوأن حملها على ترتيبها يوجب إن المرض والسفرحدثان لكن هذالايحتاج اليه اذا قدرت أوهنا بمعنى الواو وذلك موجود في كلام العرب في مثل قول الشاعر

وكان سيان ألا يسرحوا نعما * أو يسرحوه بها واغبرت السرح

فانه انما يقال سيان زيد وعمرو وهذا هو أحد الاسباب التى أوجبت الخلاف في هـذه المسالة وأما ارتيابهم في الآثار التى وردت في هذا المعنى فبين مما خرجه البخاري ومسلم ان رجلا أتى عمر رضى الله عنه فقال أجنبت فلم أجد المـاء فقال لاتصل فقال عمار أما تذكر ياأمير المؤمنين اذ أنا وأنت في سرية فاجنبنا فلم نجد المـاء فاماأنت فلم تصل وأما أنا فتمعكت في التراب فصليت فقال النبى صلى الله عليه وسلم انما كان يكفيك أن تضرب بيديك ثم تنفخ فيهما ثم تمسـح بهما وجهك وكفيك فقال عمر اتق الله ياعمار فقال ان اشئت لم أحدث به وفي بعض الروايات أنه قال له عمر نوليك ماتوليت وخرج مسلم عن شقيق قال كنت جالسا مع عبد الله بن مسعود وأبى موسى فقال أبو موسى ياأبا عبد الرحمن أرأيت لو أن رجلا أجنب فلم يجد الماء شهرا كيف يصنع بالصلاة فقال عبد الله لابى موسى لايتيمم وان لم يجد الماء شهرا فقال أبو موسى فكيف بهذه الآية في سورة المائدة (فلم تجدوا ماء فتيمموا صعيدا طيبا) فقالى عبدالله لورخص لهم في هذه الآية لاوشك اذا برد عليهم الماء أن يتيمموا بالصعيد فقال أبوموسى لعبدالله ألم تسمع لقول عمار وذكر له الحديث المتقدم فقال له عبد الله ألم تر عمر لم يقنع بقوله عمار لكن الجمهور رأوا ان ذلك قد ثبت من حديث عمار وعمران بن الحصين خرجهما البخارى وان نسيان عمر ليس مؤثرا في وجوب العمل بحديث عمار وأيضا فانهم استدلوا بجواز التيمم للجنب والحائض بعموم قوله عليه الصلاة والسلام . جعلت لى الارض مسجدا وطهورا وأما حديث عمر ان بن الحصين فهو ان رسول الله صلى الله عليه وسلم رأى رجلا معتزلا لم يصل مع القوم فقال . يافلان أما يكفيك أن تصلى مع القوم فقال يارسـول الله أصابتنى جنابة ولاماء فقال عليه الصلاة والسـلام . عليك بالصعيد فانه يكفيك ولموضع هذا الاحتمال اختلفوا هل لمن ليس عنده ماء ان يطأ اهله ام لايطؤها اعنى من يجوز للجنب التيمم .

الباب الثانى

واما من من تجوز له هذه الطهارة فاجمع العلماء انها تجوز لاثنين للمريض وللمسافر

اذا عدما الماء واختلفوا في اربع في المريض يجد الماء ويخاف من استعماله وفى الحاضر يعدم الماء وفي الصحيح المسافر يجد الماء فيمنعه من الوصول اليه خوف وفي الذي يخاف من استعماله من شدة البرد . فاما المريض الذى يجد الماء ويخاف من استعماله فقال الجمهور يجوز التيمم له.وكذلك الصحيح الذى يخافَ الهلاك أو المرض الشديد من برد الماء وكذلك الذى يخاف من الخروج الى الماء الا ان معظمهم اوجب عليه الاعادة اذا وجد الماء . وقال عطاء لايتيمم المريض ولا غير المريض اذا وجد الماء،وأما الحاضر الصحيح الذى يعدم الماء فذهب مالك والشافعى الى جواز التيمم له وقال ابو حنيفة لايجوز التيمم للحاضر الصحيح وان عدم الماء.وسبب اختلافهم في هذه المسائل الاربع التى هى قواعد هذا الباب . اما فى المريض الذى يخاف من استعمال الماء فهو اختلافهم هل في الآية محذوف مقدر في قوله تعالى (وان كنتم مرضى او على سفر) فمن رأى ان في الآية حذفا وان تقدير الكلام وان كنتم مرضى لاتقدرون على استعمال الماء وان الضمير في قوله تعالى فلم تجدوا ماء انما يعود على المسافر فقط أجاز التيمم للمريض الذى يخاف من استعمال الماء ومن راى ان الضمير في لم تجدوا ماء يعود على المريض والمسافر معاً وانه ليس في الآية حذف لم يجز للمريض اذا وجد الماء التيمم وأما سبب اختلافهم في الحاضر الذى يعدم الماء فاحتمال الضمير الذى في قوله تعالى فلم تجدوا ماء أن يعود على أصناف المحدثين أعنى الحاضرين و المسافرين أو على المسافرين. فقط فمن رآه عائداً على جميع أصناف المحدثين أجاز التيمم للحاضرين،ومن رآه عائداً على المسافرين فقط أو على المرضى والمسافرين لم يجز التيمم للحاضر الذى عدم الماء . وأما سبب اختلافهم في الخائف من الخروج الى الماء فاختلافهم في قياسه على من عدم الماء.وكذلك اختلافهم في الصحيح يخاف من برد الماء السبب فيه هو اختلافهم في قياسه على المريض الذى يخاف من استعمال الماء وقد رجح مذهبهم القائلون بجواز التيمم للمريض بحديث جابر في المجروح الذى اغتسل فمات فاجازعليه الصلاة والسلام المسح له وقال : قتلوه قتلهم الله وكذلك رجحوا أيضاً قياس الصحيح الذى يخاف من برد الماء على المريض بما روى أيضاً في ذلك عن عمرو بن العاص انه أجنب في ليلة باردة فتيمم وتلى قول الله تعالى(ولاتقتلوا أنفسكم ان الله كان بكم رحيما) فذكر ذلك للنبى عليه الصلاة والسلام فلم يعنف .

الباب الثالث

وأما معرفة شروط هذه الطهارة فيتعلق بها ثلاث مسائل قواعد ؛ احداها هل النية من شرط هذه الطهارة أم لا ؛ والثانية هل الطلب شرط في جواز التيمم عند عدم الماء أم لا ؛ والثالثة هل دخول الوقت شرط في جواز التيمم أم لا .

﴿ أما المسألة الاولى ﴾ فالجمهور على ان النية فيها شرط لكونها عبادة غير معقولة المعنى وشذ زفر فقال ان النية ليست بشرط فيها وأنها لا تحتاج الى نية وقد روى ذلك أيضاً عن الاوزاعي والحسن بن حي وهو ضعيف .

﴿ وأما المسألة الثانية ﴾ فان مالكا رضي الله عنه اشترط الطلب وكذلك الشافعي ولم يشترطه أبو حنيفة . وسبب اختلافهم في هذا هو هل يسمى من لم يجد الماء دون طلب غير واجد للماء أم ليس يسمى غير واجد للماء الا اذا طلب الماء فلم يجده لكن الحق في هذا أن يعتقد أن المتيقن لعدم الماء إما بطلب متقدم واما بغير ذلك هو عادم للماء وأما الظان فليس بعادم للماء ولذلك يضعف القول بتكرر الطلب الذي في المذهب في المكان الواحد بعينه ويقوى اشتراطه ابتداء اذا لم يكن هنالك علم قطعي بعدم الماء .

﴿ وأما المسألة الثالثة ﴾ وهو اشتراط دخول الوقت فمنهم من اشترطه وهو مذهب الشافعي ومالك ومنهم من لم يشترطه وبه قال أبو حنيفة وأهل الظاهر وابن شعبان من أصحاب مالك . وسبب اختلافهم هو هل ظاهر مفهوم آية الوضوء يقتضي ان لا يجوز التيمم والوضوء الا عند دخول الوقت لقوله تعالى (يا أيها الذين آمنوا اذا قمتم الى الصلاة) الآية فاوجب الوضوء والتيمم عند وجوب القيام الى الصلاة وذلك اذا دخل الوقت فوجب لهذا أن يكون حكم الوضوء والتيمم في هذا حكم الصلاة اعني أنه كما أن الصلاة من شرط صحتها الوقت كذلك من شرط صحة الوضوء والتيمم الوقت الا ان الشرع خصص الوضوء من ذلك فبقي التيمم على أصله أم ليس يقتضي هذا ظاهر مفهوم الآية وان تقدير قوله تعالى (يا أيها الذين آمنوا اذا قمتم الى الصلاة) أي اذا أردتم القيام الى الصلاة وأيضاً فانه لولم يكن هنالك محذوف لما كان يفهم من ذلك الايجاب الوضوء والتيمم عند وجوب الصلاة فقط لا أنه لا يجزى ان وقع قبل الوقت الا أن يقاسا على الصلاة فلذلك الاولى أن يقال في هذا ان سبب الخلاف فيه هو قياس التيمم على الصلاة لكن هذا يضعف فان قياسه على الوضوء أشبه فتأمل هذه المسئلة فانها ضعيفة أعني من يشترط في صحته دخول الوقت ويجعله من العبادة المؤقتة فان التوقيت

في العبادة لا يكون الا بدليل سمعي وأنما يسوغ القول بهذا اذا كان على رجاء من وجود الماء قبل دخول الوقت فيكون هذا ليس من باب ان هذه العبادة مؤقتة لكن من باب أنه ليس ينطلق اسم الغير واجد للماء الا عند دخول وقت الصلاة لانه ما لم يدخل وقتها أمكن ان يطرأ هو على الماء ولذلك اختلف المذهب متى يتيمم هل فى أول الوقت او في وسطه او فى آخره لكن ههنا مواضع يعلم قطعا ان الانسان ليس بطارئ على الماء فيها قبل دخول الوقت ولا الماء بطارئ عليه وايضا فان قدرنا طرو الماء فليس يجب عليه الا نقض التيمم فقط لا منع صحته وتقدير الطرو هو ممكن في الوقت وبعده فلم جعل حكمه قبل الوقت خلاف حكمه في الوقت أعني انه قبل الوقت يمنع انعقاد التيمم وبعد دخول الوقت لا يمنعه وهذا كله لا ينبغي ان يصار اليه الا بدليل سمعي ويلزم على هذا الا يجوز التيمم الا فى آخر الوقت فتأمله.

﴿ الباب الرابع ﴾

واما صفة هذه الطهارة فيتعلق بها ثلاث مسائل هي قواعد هذا الباب.

﴿ المسئلة الاولى ﴾ اختلف الفقهاء فى حد الايدي التى امر الله بمسحها في التيمم في قوله فامسحوا بوجوهكم وايديكم منه على اربعة اقوال، القول الاول ان الحد الواجب فى ذلك هو الحد الواجب بعينه في الوضوء وهو الى المرافق وهو مشهور المذهب وبه قال فقهاء الامصار، والقول الثانى ان الفرض هو مسح الكف فقط وبه قال أهل الظاهر وأهل الحديث، والقول الثالث الاستحباب الى المرفقين والفرض الكفان وهو مروى عن مالك، والقول الرابع أن الفرض الى المناكب وهو شاذ روى عن الزهرى ومحمد بن مسلمة. والسبب في اختلافهم اشتراك اسم اليد في لسان العرب وذلك ان اليد في كلام العرب يقال على ثلاثة معان على الكف فقط وهو أظهرها استعمالا ويقال على الكف والذراع ويقال على الكف والساعد والعضد. والسبب الثانى اختلاف الآثار في ذلك وذلك ان حديث عمار المشهور فيه من طرقه الثابتة: انما يكفيك أن تضرب بيديك ثم تنفخ فيها ثم تمسح بها وجهك وكفيك وورد في بعض طرقه انه قال له عليه الصلاة والسلام. وان تمسح بيديك الى المرفقين وروى أيضا عن ابن عمر ان النبي عليه الصلاة والسلام قال: التيمم ضربتان ضربة للوجه وضربة لليدين الى المرفقين وروى أيضاً من طريق ابن عباس ومن طريق غيره فذهب الجمهور الى ترجيح هذه الاحاديث على حديث عمار الثابت من جهة عضد القياس لها أعنى من جهة قياس التيمم على الوضوء وهو بعينه حملهم على ان عدلوا بلفظ اسم اليد عن الكف الذى هو فيه أظهر الى الكف

والساعد ومن زعم انه ينطلق عليهما بالسواء وانه ليس في احدهما أظهر منه في الثانى فقد أخطأ فان اليد وان كانت إسما مشتركا فهى في الكف حقيقة وفيما فوق الكف مجاز وليس كل اسم مشترك هو مجمل وانما المشترك المجمل الذى وضع من أول أمره مشتركا وفي هذا قال الفقهاء إنه لا يصح الاستدلال به ولذلك مانقول إن الصواب هو أن يعتقد ان الفرض انما هو الكفان فقط وذلك ان اسم اليد لايخلوا أن يكون في الكف أظهر منه في سائر الاجزاء أويكون دلالته على سائر أجزاء الذراع والعضد بالسواء فان كان أظهر فيجب المصير اليه على مايجب المصير الى الاخذ بالظاهر وان لم يكن أظهر فيجب المصير إلى الاخذ بالأثر الثابت فأما أن يغلب القياس ههنا على الأثر فلا معنى له ولا أن ترجح به أيضاً أحاديث تثبت بعد فالقول في هذه المسئلة بين من الكتاب والسنة فتأمله وأما من ذهب الى الآباط فانما ذهب الى ذلك لأنه قد روى في بعض طرق حديث عمار أنه قال : تيممنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فمسحنا بوجوهنا وأيدينا الى المناكب ومن ذهب الى ان يحمل تلك الاحاديث على الندب وحديث عمار على الوجوب فهو مذهب حسن اذ كان الجمع أولى من الترجيح عند أهل الكلام الفقهى الا أن هذا انما ينبغى أن يصار اليه إن صحت تلك الاحاديث .

(المسئلة الثانية) اختلف العلماء في عدد الضربات على الصعيد للتيمم ، فمنهم من قال واحدة ، ومنهم من قال اثنتين والذين قالوا اثنتين منهم من قال ضربة للوجه وضربة لليدين وهم الجمهور واذا قلت الجمهور فالفقهاء الثلاثة معدودون فيهم أعنى مالكا والشافعى وأبا حنيفة ومنهم من قال ضربتان لكل واحد منهما أعنى لليد ضربتان وللوجه ضربتان . والسبب في اختلافهم أن الآية مجملة في ذلك والاحاديث متعارضة وقياس التيمم على الوضوء فى جميع أحواله غير متفق عليه والذى في حديث عمار الثابت من ذلك انما هو ضربة واحدة للوجه والكفين معاً لكن ههنا أحاديث فيها ضربتان فرجح الجمهور هذه الاحاديث لمكان قياس التيمم على الوضوء .

(المسئلة الثالثة) اختلف الشافعى مع مالك وأبى حنيفة وغيرهما في وجوب توصيل التراب إلى أعضاء التيمم فلم ير ذلك أبو حنيفة واجباً ولا مالك ورأى ذلك الشافعى واجباً وسبب اختلافهم الاشتراك الذى في حرف من في قوله تعالى (فامسحوا بوجوهكم وأيديكم منه) وذلك ان منه قد ترد للتبعيض وقد ترد لتمييز الجنس فمن ذهب الى انها ههنا للتبعيض أوجب نقل التراب الى أعضاء التيمم ومن رأى انهما لتمييز الجنس قال ليس النقل واجبا والشافعى إنما رجح حملها على التبعيض من جهة قياس التيمم على الوضوء لكن يعارضه حديث عمار المتقدم لأن فيه ثم تنفخ فيها وتيمم رسول الله صلى

الله عليه وسلم على الحائط وينبغى أن تعلم أن الاختلاف في وجوب الترتيب في التيمم ووجوب الفور فيه هو بعينه اختلافهم في ذلك في الوضوء وأسباب الخلاف هنالك هي أسبابه هنا فلا معنى لاعادته .

(الباب الخامس)

فيما تصنع به هذه الطهارة وفيه مسئلة واحدة وذلك أنهم اتفقوا على جوازها بتراب الحرث الطيب . واختلفوا في جواز فعلها بما عدى التراب من أجزاء الارض المتولدة عنها كالحجارة فذهب الشافعى الى أنه لايجوز التيمم الا بالتراب الخالص وذهب مالك وأصحابه الى أنه يجوز التيمم بكل ما صعد على وجه الارض من اجزائها في المشهور عنه الحصا والرمل والتراب وزاد أبو حنيفة فقال وبكل ما يتولد من الارض من الحجارة مثل النورة والزرنيخ والجص والطين والرخام ومنهم من شرط أن يكون التراب على وجه الارض وهم الجمهور وقال أحمد بن حنبل يتيمم بغبار الثوب واللبد . والسبب في اختلافهم شيئان ،أحدهما اشتراك اسم الصعيد فى لسان العرب فانه مرة يطلق على التراب الخالص ومرة يطلق على جميع أجزاء الارض الظاهرة حتى ان مالكا وأصحابه حملهم دلالة اشتقاق هذا الاسم أعنى الصعيد أن يجيزوا في احدى الروايات عنهم التيمم على الحشيش وعلى الثلج قالوا لانه يسمى صعيدا في أصل التسمية أعنى من جهة صعوده على الارض وهذا ضعيف . والسبب الثانى اطلاق اسم الارض فى جواز التيمم بها في بعض روايات الحديث المشهور وتقييدها بالتراب في بعضها وهو قوله عليه الصلاة والسلام : جعلت لى الارض مسجدا وطهورا فان فى بعض رواياته جعلت لى الارض مسجدا وطهورا وفي بعضها جعلت لى الارض مسجدا وجعلت لى تربتها طهورا وقد اختلف أهل الكلام الفقهى هل يقضى بالمطلق على المقيد أو بالمقيد على المطلق.والمشهور عندهم أن يقضى بالمقيد على المطلق وفيه نظر ومذهب أبى محمد بن حزم أن يقضى بالمطلق على المقيد لان المطلق فيه زيادة معنى فمن كان رأيه القضاء بالمقيد على المطلق وحمل اسم الصعيد الطيب على التراب لم يجز التيمم الا بالتراب ومن قضى بالمطلق على المقيد وحمل اسم الصعيد على كل ما على وجه الارض من أجزائها أجاز التيمم بالرمل والحصى وأما اجازة التيمم بما يتولد منها فضعيف إذ كان لايتناوله اسم الصعيد فان أعم دلالة اسم الصعيد أن يدل على ماتدل عليه الارض لا أن يدل على الزرنيخ والنورة ولا على الثلج والحشيش والله الموفق للصواب . والاشتراك الذى فى اسم الطيب أيضا من أحد دواعى الخلاف .

الباب السادس

وأما نواقض هذه الطهارة فانهم اتفقوا على أنه ينقضها ماينقض الاصل الذى هو الوضوء والطهر. واختلفوا من ذلك في مسألتين ، احداهما هل ينقضها ارادة صلاة أخرى مفروضة غير المفروضة التى تيمم لها، والمسألة الثانية هل ينقضها وجود ماء أم لا .

(المسألة الاولى) فذهب مالك فيها الى أن ارادة الصلاة الثانيـة تنقض طهارة الاولى، ومذهب غيره خلاف ذلك وأصل هذا الخلاف يدور على شيئين ، أحدهما هل في قوله تعالى (يا أيها الذين آمنوا اذا قمتم الى الصلاة) محذوف مقدر أعنى اذا قمتم من النوم أو قمتم محدثين أم ليس هنالك محذوف أصلا فمن رأى أن لا محذوف هنالك قال ظاهر الآية وجوب الوضوء أو التيمم عند القيام لكل صلاة لكن خصصت السنة من ذلك الوضوء فبقي التيمم على أصله لكن لا ينبغى أن يحتج بهذا لمالك فان مالكا يرى أن في الآية محذوفا على مارواه عن زيد بن أسلم في موطئه . وأما السبب الثانى فهو تكرار الطلب عند دخول وقت كل صلاة وهذا هو ألزم لاصول مالك أعنى أن يحتج له بهذا وقد تقدم القول في هذه المسألة ومن لم يتكرر عنده الطلب وقدر في الآية محذوفا لم ير ارادة الصلاة الثانية مما ينقض التيمم .

(وأما المسئله الثانية) فان الجمهور ذهبوا الى أن وجود الماء ينقضها، وذهب قوم الى أن الناقض لها هو الحدث. وأصل هذا الخلاف هل وجود الماء يرفع استصحاب الطهارة التى كانت بالتراب أو يرفع ابتداء الطهارة به فمن رأى أنه يرفع ابتداء الطهارة به قال لا ينقضها الا الحدث ومن رأى انه يرفع استصحاب الطهارة قال انه ينقضها فان حد الناقض هو الرافع للاستصحاب وقد احتج الجمهور لمذهبهم بالحديث الثابت وهو قوله عليه الصلاة والسلام : جعلت لى الارض مسجدا وطهورا مالم يجد الماء والحديث محتمل فانه يمكن أن يقال ان قوله عليه الصـلاة والسلام : مالم يجد الماء يمكن أن يفهم منه فاذا وجد الماء انقطعت هذه الطهارة وارتفعت ويمكن أن يفهم منه فاذا وجـد الماء لم تصح ابتداء هذه الطهارة والاقوى في عضد الجمهور هو حديث أبى سعيد الخدرى وفيه انه عليه الصلاة والسلام قال : فاذا وجدت الماء فأمسه جلدك فان الامر محمول عند جمهور المتكلمين على الفور وان كان أيضا قد يتطرق اليه الاحتمال المتقدم فتأمل هذا . وقد حمل الشافعى تسليمه ان وجود الماء يرفع هذه الطهارة أن قال ان التيمم ليس رافعا للحدث أى ليس مفيـدا للمتيمم الطهارة الرافعة للحدث وانما هو مبيح للصلاة فقط مع بقاء الحدث وهذا لامعنى له فان الله قد سماه طهارة وقد ذهب قوم من أصحاب مالك هذا المذهب فقالوا إن التيمم لا يرفع الحدث لانه لو رفعه لم ينقضه إلا

الحدث . والجواب أن هذه الطهارة وجود الماء في حقهاهوحدث خاص بهاعلى القول بان الماء ينقضها . واتفق القائلون بان وجود الماء ينقضها على أنه ينقضهاقبل الشروع في الصلاة وبعدالصلاة واختلفوا . هل ينقضهاطروه فيالصلاة فذهب مالكوالشافعي وداود الى أنه لاينقض الطهارة في الصــلاة وذهب أبوحنيفة واحمــد وغيرهما الى انه ينقض الطهارة فى الصلاة وهمأحفظ للاصل لانه أمر غير مناسب للمشروع أن يوجد شيء واحد لاينقض الطهارة في الصلاة وينقضها في غير الصلاة وبمثل هذا شنعوا على مذهب ابى حنيفة فيما يراه من أن الضحك في الصلاة ينقض الوضوء مع أنه مستند في ذلك الى الاثر فتأمل هذه المسئلة فانهابينة ولاحجة فيالظواهرالتى يرام الاحتجاج بها لهذا المذهب من قوله تعالى (ولا تبطلوا اعمالكم) فان هذا لم يبطل الصــلاة بارادته وانما ابطلها طرو الماء كما لوأحدث .

﴿ الباب السابع ﴾

واتفق الجمهور على أن الافعال التي هــذه الطهارة شرط في صحتها هي الافعال التي الوضوء شرط في صحتها من الصلاة ومس المصحف وغير ذلك . واختلفوا هل يستباح بها أكثر من صلاة واحدة فقط فمشهورمذهبمالك أنه لايستباح بهاصلاتان مفروضتان أبدا .واختلف قوله في الصلاتين المقضيتين والمشهورعنه أنه اذاكانت احدى الصلاتين فرضا والاخرى نفلا أنه إن قدم الفرض جمع بينهما وان قدم النفل لم يجمع بينهما . وذهب أبو حنيفة الى أنه يجوز الجمع بين صلوات مفروضة بتيمم واحد . وأصل هذا الخلاف هل هو التيمم يجب لكل صلاة أم لا إما من قبل ظاهر الآية كما تقدم وإما من قبل وجوب تكرر الطلب وإما من كليهما .

﴿ كتاب الطهارة من النجس ﴾

والقول المحيط بأصول هذه الطهارة وقواعدها ينحصر في ستة أبواب . الباب الاول في معرفة حكم هذه الطهارة أعنى في الوجوب أو في الندب اما مطلقا واما من جهة أنها مشترطة فى الصلاة . الباب الثانى في معرفة أنواع النجاسات .الباب الثالث في معرفة المحال التي يجب ازالتها عنها . الباب الرابع فيمعرفة الشيء الذى به تزال.الباب الخامس في صفة ازالتها في محل محل . الباب السادس في آداب الاحداث

﴿ الباب الاول ﴾

والاصل في هـذا الباب أما من الكتاب فقوله تعالى (وثيابك) فطهر وأما من السنة فآثار كثيرة ثابتة منها قوله عليه الصلاة والسلام : من توضأ فليستنثر ومن استجمر فليوتر ومنها أمره صلى الله عليه وسلم بغسل دم الحيض من الثوب وأمره بصب ذنوب من ماء على بول الاعرابى وقوله عليه الصلاة والسلام في صاحبي القبر: انهما ليعذبان وما يعذبان في كبير أما أحدهما فكان لايستنزه من البول . واتفق العلماء لمكان هـذه المسموعات على أن ازالة النجاسة مأمور بها في الشرع . واختلفوا هـل ذلك على الوجوب أو على الندب المذكور وهو الذى يعبر عنه بالسنة فقال قوم ان ازالة النجاسات واجبة وبه قال أبو حنيفة والشـافعي ، وقال قوم ازالتها سنة مؤكدة وليست بفرض، وقال قوم هى فرض مع الذكر ساقطة مع النسيان وكلا هذين القولين عن مالك وأصحابه . وسبب اختلافهم في هـذه المسألة راجع الى ثلاثة أشـياء ؛ أحدها اختلافهم في قوله تبارك وتعالى (وثيابك فطهر) هل ذلك محمول على الحقيقة أو محمول على المجاز ، والسبب الثانى تعارض ظواهر الآثار في وجوب ذلك ، والسبب الثالث اختلافهم في الأمر والنهى الوارد لعلة معقولة المعنى هل تلك العلة المفهومة من ذلك الأمر أو النهى قرينة تنقل الامر من الوجوب الى الندب والنهى من الحظر الى الكراهة أم ليست قرينة وأنه لا فرق في ذلك بين العبادة المعقولة وغير المعقولة وانما صار من صار الى الفرق في ذلك لان الاحكام المعقولة المعانى في الشرع أكثرها هي من باب محاسن الاخلاق أو من باب المصالح وهذه في الاكثر هي مندوب اليها فمن حمل قوله تعالى وثيابك فطهر على الثياب المحسوسة قال الطهارة من النجاسة واجبة ومن حملها على الكناية عن طهارة القلب لم ير فيها حجة . وأما الآثار المتعارضة في ذلك فمنها حديث صاحبي القبر المشهور وقوله فيهما صلى الله عليه وسلم : انهما ليعذبان وما يعذبان في كبير أما أحدهما فكان لا يستنزه من بوله فظاهر هذا الحديث يقتضى الوجوب لان العذاب لا يتعلق الا بالواجب؛ وأما المعارض لذلك فما ثبت عنه عليه الصلاة والسلام من أنه رمى عليه وهو في الصلاة سلا جزور بالدم والفرث فلم يقطع الصلاة وظاهر هذا أنه لو كانت ازالة النجاسة واجبة كوجوب الطهارة من الحدث لقطع الصـلاة ، ومنها ما روى أن النبي عليه الصلاة والسلام كان في صلاة من الصلوات يصلى في نعليه فطرح نعليه فطرح الناس لطرحه نعالهم فانكر ذلك عليهم عليه الصلاة والسلام وقال:

انما خلعتها لان جبريل أخبرني أن فيها قذراً فظاهر هذا أنه لو كانت واجبة لما بنى على ما مضى من الصلاة فمن ذهب في هذه الآثار مذهب ترجيح الظواهر قال إما بالوجوب ان رجح ظاهر حديث الوجوب او بالندب ان رجح ظاهر حديثي الندب أعني الحديثين اللذين يقتضيان ان ازالتها من باب الندب المؤكد ومن ذهب مذهب الجمع فنهم من قال هي فرض مع الذكر والقدرة ساقطة مع النسيان وعدم القدرة ومنهم من قال هي فرض مطلقاً وليست من شروط صحة الصلاة وهو قول رابع في المسألة وهو ضعيف لان النجاسة انما تزال في الصلاة وكذلك من فرق بين العبادة المعقولة المعنى وبين الغير معقولته أعني أنه جعل الغير معقولة آكد في باب الوجوب فرق بين الامر الوارد في الطهارة من الحدث وبين الامر الوارد في الطهارة من النجس لان الطهارة من النجس معلوم ان المقصود بها النظافة وذلك من محاسن الاخلاق وأما الطهارة من الحدث فغير معقولة المعنى مع ما اقترن بذلك من صلاتهم في النعال مع أنها لا تنفك من ان يوطأ بها النجاسات غالباً ما أجمعوا عليه من العفو عن اليسير في بعض النجاسات .

الباب الثاني

وأما أنواع النجاسات فان العلماء اتفقوا من اعيانها على أربعة ؛ ميتة الحيوان ذي الدم الذي ليس بمائي ؛ وعلى لحم الخنزير بأي سبب اتفق أن تذهب حياته ؛ وعلى الدم نفسه من الحيوان الذي ليس بمائي انفصل من الحي أو الميت اذا كان مسفوحا أعني كثيراً ؛ وعلى بول ابن آدم ورجيعه وأكثرهم على نجاسة الخمر وفي ذلك خلاف عن بعض المحدثين واختلفوا في غير ذلك والقواعد من ذلك سبع مسائل .

﴿ المسألة الاولى ﴾ اختلفوا في ميتة الحيوان الذي لا دم له وفي ميتة الحيوان البحري فذهب قوم الى أن ميتة ما لا دم له طاهرة وكذلك ميتة البحر وهو مذهب مالك وأصحابه وذهب قوم الى التسوية بين ميتة ذوات الدم التي لا دم لها في النجاسة واستثنوا من ذلك ميتة البحر وهو مذهب الشافعي الا ما وقع الاتفاق على أنه ليس بميتة مثل دود الخل وما يتولد في المطعومات وسوى قوم بين ميتة البر والبحر واستثنوا ميتة ما لا دم له وهو مذهب أبي حنيفة وسبب اختلافهم اختلافهم في مفهوم قوله تعالى (حرمت عليكم الميتة) وذلك انهم فيما أحسب اتفقوا أنه من باب العام أريد به الخاص . واختلفوا اي خاص أريد به فنهم من استثنى من ذلك ميتة البحر وما لا دم له ومنهم من استثنى من ذلك ميتة البحر فقط ومنهم من استثنى من ذلك ميتة ما لا دم له فقط . وسبب اختلافهم في هذه المستثنيات هو سبب اختلافهم في

الدليل المخصوص . أما من استثنى من ذلك مالا دم له فحجته مفهوم الأثر الثابت عنه عليه الصلاة والسلام من أمره بمقل الذباب اذا وقع في الطعام قالوا فهذا يدل على طهارة الذباب وليس لذلك علة الا انه غير ذى دم . وأما الشافعى فعنده ان هذا خاص بالذباب لقوله عليه الصلاة والسلام : فان فى احدى جناحيه داء وفى الاخرى دواء ووهن الشافعي هذا المفهوم من الحديث بان ظاهر الكتاب يقتضى ان الميتة والدم نوعان من أنواع المحرمات ، أحدهما تعمل فيه التذكية وهى الميتة وذلك فى الحيوان المباح الأكل باتفاق والدم لا تعمل فيه التذكية فحكمهما مفترق فكيف يجوز أن يجمع بينهما حتى يقال ان الدم هو سبب تحريم الميتة وهذا قوى كما ترى فانه لو كان الدم هو السبب فى تحريم الميتة لما كانت ترتفع الحرمية عن الحيوان بالذكاة وتبقى حرمية الدم الذى لم ينفصل بعد عن المذكاة وكانت الحلية انما توجد بعد انفصال الدم عنه لانه اذا ارتفع السبب ارتفع المسبب الذى يقتضيه ضرورة لانه ان وجد السبب والمسبب غير موجود فليس له هو سببا ومثال ذلك انه اذا ارتفع التحريم عن عصير العنب وجب ضرورة ان يرتفع الاسكار ان كنا نعتقد أن الاسكار هو سبب التحريم . وأما من استثنى من ذلك ميتة البحر فانه ذهب الى الأثر الثابت في ذلك من حديث جابر وفيه انهم أكلوا من الحوت الذى رماه البحر أياما وتزودوا منه وانهم أخبروا بذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فاستحسن فعلهم وسألهم هل بقى منه شىء وهو دليل لى أنه لم يجوز ذلك لهم لمكان ضرورة خروج الزاد عنهم . واحتجوا أيضا بقوله عليه الصلاة والسلام : هو الطهور ماؤه الحل ميتته . وأما أبو حنيفة فرجح عموم الآية لى هذا الاثر إما لان الآية مقطوع بها والاثر مظنون وإما لانه رأى ان ذلك رخصة م أعنى حديث جابر أو لانه احتمل عنده أن يكون الحوت مات بسبب وهو رمى بحر به الى الساحل لان الميتة هو ما مات من تلقاء نفسه من غير سبب من خارج. اختلافهم في هذا أيضا سبب آخر وهو احتمال عودة الضمير في قوله تعالى (وطعامه اعا لكم وللسيارة) أعنى ان يعود على البحر أو على الصيد نفسه فمن أعاده على البحر ـ طعامه هو الطافي ومن أعاده على الصيد قال هو الذى أحل فقط من صيد البحر أن الكوفيين أيضا تمسكوا في ذلك بأثر ورد فيه تحريم الطافي من السمك وهو عندهم ضعيف

المسألة الثانية) وكما اختلفوا في أنواع الميتات كذلك اختلفوا في اجزاء ما اتفقوا ه وذلك أنهم اتفقوا على ان اللحم من أجزاء الميتة ميتة واختلفوا في العظام والشعر هب الشافعى الى ان العظم والشعر ميتة وذهب أبو حنيفة الى انهما ليسا بميتة وذهب ك للفرق بين الشعر والعظم فقال ان العظم ميتة وليس الشعر ميتة . وسبب اختلافهم

هو اختلافهم فيما ينطلق عليه اسم الحياة من أفعال الاعضاء فمن رأى ان النمو والتغذى هو من أفعال الحياة قال ان الشعر والعظام اذا فقدت النمو والتغذى فهى ميتة ومن رأى انه لاينطلق اسم الحياة الاعلى الحس قال ان الشعر والعظام ليست بميتة لانها لا حس لها ومن فرق بينهما أوجب للعظام الحس ولم يوجب الشعر وفى حس العظام اختلاف والامر مختلف فيه بين الاطباء ومما يدل على ان التغذى والنمو ليسا هما الحياة التى يطلق على عدمها اسم الميتة ان الجميع قد اتفقوا على ان ما قطع من البهيمة وهي حية انه ميتة لورود ذلك في الحديث وهو قوله عليه الصلاة والسلام : ما قطع من البهيمة وهي حية فهو ميتة واتفقوا على ان الشعر اذا قطع من الحى أنه طاهر ولو انطلق اسم الميتة على من فقد التغذى والنمو لقيل في النبات المقلوع انه ميتة وذلك أن النبات فيه التغذى والنمو وللشافعى أن يقول ان التغذى الذى ينطلق على عدمه اسم الموت هو التغذى الموجود فى الحساس .

(المسألة الثالثة) اختلفوا فى الانتفاع بجلود الميتة فذهب قوم الى الانتفاع بجلودها مطلقا دبغت أو لم تدبغ وذهب قوم الى خلاف هذا وهو ألا ينتفع بها أصلا وان دبغت وذهب قوم الى الفرق بين أن تدبغ وأن لا تدبغ ورأوا أن الدباغ مطهر لها وهو مذهب الشافعى وأبى حنيفة وعن مالك فى ذلك روايتان ، احداهما مثل قول الشافعى والثانية أن الدباغ لايطهرها ولكنها تستعمل فى اليابسات والذين ذهبوا الى أن الدباغ مطهر اتفقوا على أنه مطهر لما تعمل فيه الذكاة من الحيوان أعنى المباح الاكل واختلفوا فيما لا تعمل فيه الذكاة فذهب الشافعى الى انه مطهر لما تعمل فيه الذكاة فقط وانه بدل منها فى افادة الطهارة وذهب أبوحنيفة الى تأثير الدباغ فى جميع ميتات الحيوان ماعدا الخنزير وقال داود تطهر حتى جلد الخنزير . وسبب اختلافهم تعارض الآثار فى ذلك وذلك انه ورد فى حديث ميمونة اباحة الانتفاع بها مطلقا وذلك ان فيه انه مر بميتة فقال عليه الصلاة والسلام : هلا انتفعتم بجلدها وفى حديث ابن عكيم منع الانتفاع بها مطلقا وذلك ان فيه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كتب : ألا تنتفعوا من الميتة باهاب ولا عصب قال وذلك قبل موته بعام وفى بعضها الامر بالانتفاع بها بعد الدباغ والمنع قبل الدباغ والثابت فى هذا الباب هو حديث ابن عباس أنه عليه الصلاة والسلام قال : اذا دبغ الاهاب فقد طهر فلمكان اختلاف هذه الآثار اختلف الناس فى تأويلها فذهب قوم مذهب الجمع على حديث ابن عباس أعنى انهم فرقوا فى الانتفاع بها بين المدبوغ وغير المدبوغ وذهب قوم مذهب النسخ فأخذوا بحديث ابن عكيم لقوله فيه قبل موته بعام وذهب قوم مذهب الترجيح لحديث ميمونة ورأوا انه يتضمن زيادة على ما فى حديث ابن عباس وان تحريم الانتفاع ليس يخرج من حديث

ابن عباس قبل الدباغ لان الانتفاع غير الطهارة اعني كل طاهر ينتفع به وليس يلزم عكس هذا المعنى اعني ان كل ما ينتفع به هو طاهر .

(المسئلة الرابعة) اتفق العلماء على أن دم الحيوان البرى نجس . واختلفوا في دم السمك وكذلك اختلفوا في الدم القليل من دم الحيوان غير البحرى، فقال قوم دم السمك طاهر وهو أحد قولي مالك ومذهب الشافعي . وقال قوم هو نجس على أصل الدماء، وهو قول مالك في المدونة، وكذلك قال قوم ان قليل الدماء معفو عنه . وقال قوم بل القليل منها والكثير حكمه واحد والاول عليه الجمهور . والسبب في اختلافهم في دم السمك هو اختلافهم في ميتته فمن جعل ميتته داخلة تحت عموم التحريم جعل دمه كذلك ومن أخرج ميتته أخرج دمه قياسا على الميتة وفي ذلك أثر ضعيف وهو قوله عليه الصلاة والسلام : أحلت لنا ميتتان ودمان الجراد والحوت والكبد والطحال. وأما اختلافهم في كثير الدم وقليله فسببه اختلافهم في القضاء بالمقيد على المطلق أو بالمطلق على المقيد وذلك انه ورد تحريم الدم مطلقا في قوله تعالى (حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير) وورد مقيدا في قوله تعالى (قل لا أجد فيما أوحي الى محرما) الى قوله (أودماً مسفوحا أو لحم خنزير) فمن قضى بالمقيد على المطلق وهم الجمهور قال المسفوح هو النجس المحرم فقط ومن قضى بالمطلق على المقيد لان فيه زيادة قال المسفوح وهو الكثير وغير المسفوح وهو القليل كل ذلك حرام وأيد هذا بان كل ماهو نجس لعينه فلا يتبعض .

(المسئلة الخامسة) اتفق العلماء على نجاسة بول ابن آدم ورجيعه الا بول الصبي الرضيع . واختلفوا فيما سواه من الحيوان فذهب الشافعي وأبوحنيفة الى انها كلها نجسة، وذهب قوم الى طهارتها باطلاق أعني فضلتي سائر الحيوان البول والرجيع . وقال قوم أبوالها وأرواثها تابعة للحومها فما كان منها لحومها محرمة فابوالها وأرواثها نجسة محرمة وما كان منها لحومها مأكولة فأبوالها وأرواثها طاهرة ماعدى التي تأكل النجاسة وما كان منها مكروها فابوالها وارواثها مكروهة وبهذا قال مالك كما قال أبو حنيفة بذلك في الاسآر. وسبب اختلافهم شيئان ، أحدهما اختلافهم في مفهوم الاباحة الواردة في الصلاة في مرابض الغنم واباحته عليه الصلاة والسلام للعرنيين شرب أبوال الابل وألبانها وفي مفهوم النهى عن الصلاة في أعطان الابل ، والسبب الثاني اختلافهم في قياس سائر الحيوان في ذلك على الانسان فمن قاس سائر الحيوان على الانسان ورأى انه من باب قياس الاولى والاخرى ولم يفهم من اباحة الصلاة في مرابض الغنم طهارة أرواثها وأبوالها جعل ذلك عبادة ومن فهم من النهى عن الصلاة في أعطان الابل النجاسة وجعل اباحته للعرنيين أبوال الابل لمكان المداواة على أصله في إجازة

ذلك قال كل رجيع وبول فهو نجس ومن فهم من حديث اباحة الصلاة في مرابض الغنم طهارة أرواثها وأبوالها وكذلك من حديث العرنيين وجعل النهى عن الصلاة في أعطان الابل عبادة أولمعنى غيرمعنى النجاسة وكان الفرق عنده بين الانسان وبهيمة الانعام ان فضلتى الانسان مستقذرة بالطبع وفضلتى بهيمة الانعام ليست كذلك جعل الفضلات تابعة للحوم والله أعلم ، ومن قاس على بهيمة الانعام غيرها جعل الفضلات كلها ماعدا فضلتى الانسان غير نجسة ولا محرمة والمسئلة محتملة ولولا انه لايجوز احداث قول لم يتقدم اليه أحد في المشهور وان كانت مسئلة فيها خلاف لقيل انما ينتن منها ويستقذر بخلاف مالا ينتن ولا يستقذر وبخاصة ما كان منها رائحته حسنة لاتفاقهم على اباحة العنبر وهوعند أكثر الناس فضلة من فضلات حيوان في البحر وكذلك المسك وهوفضلة دم الحيوان الذى يوجد المسك فيه فيما يذكر .

﴿ المسئلة السادسة ﴾ اختلف الناس في قليل النجاسات على ثلاثة أقوال،فقوم رأوا قليلها وكثيرها سواء وممن قال بهذا القول الشافعي،وقوم رأوا أن قليل النجاسات معفو عنه وحدوه بقدر الدرهم البغلى وممن قال بهذا القول أبو حنيفة وشذ محمد بن الحسن فقال ان كانت النجاسة ربع الثوب فما دونه جازت به الصلاة . وقال فريق ثالث قليل النجاسات وكثيرها سواء الا الدم على ماتقدم وهو مذهب مالك وعنه في دم الحيض روايتان والأشهر مساواته لسائر الدماء . وسبب اختلافهم اختلافهم في قياس قليل النجاسة على الرخصة الواردة في الاستجمار للعلم بان النجاسة هناك باقية فمن أجاز القياس على ذلك استجاز قليل النجاسة ولذلك حدوه بالدرهم قياسا على قدر المخرج ومن رأى أن تلك رخصة والرخص لايقاس عليها منع ذلك . وأما سبب استثناء مالك من ذلك الدماء فقد تقدم وتفصيل مذهب ابى حنيفة أن النجاسات عنده تنقسم الى مغلظة ومخففة وان المغلظة هى التى يعفى منها عن قدر الدرهم والمخففة هى التى يعفى منها عن ربع الثوب والمخففة عندهم هى مثل أرواث الدواب وما لاتنفك منه الطرق غالبا وتقسيمهم اياها الى مغلظة ومخففة حسن جدا .

﴿ المسئلة السابعة ﴾ اختلفوا فى المنى هل هونجس أم لا فذهبت طائفة منهم مالك وأبو حنيفة الى انه نجس وذهبت طائفة الى أنه طاهر وبهذا قال الشافعي واحمد وداود وسبب اختلافهم فيه شيئان، أحدهما اضطراب الرواية في حديث عائشة وذلك فى أن في بعضها كنت أغسل ثوب رسول الله صلى الله عليه وسلم من المنى فيخرج الى الصلاة وان فيه لبقع الماء وفى بعضها كنت افركه من ثوب رسول الله صلى الله عليه وسلم وفي بعضها فيصلى فيه خرج هذه الزيادة مسلم . والسبب الثانى تردد المنى بين أن يشبه بالاحداث

الخارجة من البدن وبين أن يشبه بخروج الفضلات الطاهرة كاللبن وغيره فمن جمع الاحاديث كلها بان حمل الغسل على باب النظافة واستدل من الفرك على الطهارة على أصله في أن الفرك لايطهر نجاسة وقاسه على اللبن وغيره من الفضلات الشريفة لم يره نجسا ومن رجح حديث الغسل على الفرك وفهم منه النجاسة وكان بالاحداث عنده أشبه منه مما ليس بحدث قال انه نجس وكذلك أيضا من اعتقد ان النجاسة تزول بالفرك قال الفرك يدل على نجاسته كما يدل الغسل وهو مذهب ابى حنيفة وعلى هـذا فلا حجة لاؤلئك فى قولها فيصلى فيه بل فيـه حجة لابى حنيفة في ان النجاسة تزال بغير الماء وهو خلاف قول المالـكية.

﴿ الباب الثالث ﴾

وأما المحال التى تزال عنها النجاسات فثلاثة ولا خلاف فى ذلك . أحدها الابدان . ثم الثياب . ثم المساجد ومواضع الصلاة وانما اتفق العلماء على هذه الثلاثة لانها منطوق بها فى الكتاب والسـنة . أما الثياب فنى قوله تعالى (وثيابك فطهر) على مذهب من حملها على الحقيقة وفى الثابت من أمره عليه الصلاة والسـلام بغسل الثوب من دم الحيض وصبه المـاء على بول الصبى الذى بال عليه . وأما المسـاجد فلأمره عليه الصلاة والسلام بصب ذنوب من ماء على بول الاعرابى الذى بال فى المسجد وكذلك ثبت عنه عليه الصلاة والسلام انه أمر بغسل المذى من البدن وغسـل النجاسات من المخرجين . واختلف الفقهاء هل يغسل الذكر كله من المذى أم لا لقوله عليـه الصلاة والسلام فى حديث على المشهور وقد سئل عن المذى فقال : يغسل ذكره ويتوضأ . وسبب الخلاف فيه هو هل الواجب هو الأخذ بأوائل الاسماء أو بأواخرها فمن رأى أنه بأواخرها أعنى بأكثر ماينطلق عليه الاسم قال يغسل الذكر كله ومن رأى الأخذ بأقل ماينطلق عليه قال انما يغسل موضع الأذى فقط وقيا سا على البول والمذى .

﴿ الباب الرابع ﴾

وأما الشىء الذى به تزال فان المسلمين اتفقوا على أن المـاء الطاهر المطهر يزيلها من هذه الثلاثة المحال واتفقوا أيضا على أن الحجارة تزيلها من المخرجين واختلفوا فيما سوى ذلك من المـائعات والجامدات التى تزيلها، فذهب قوم الى ان ماكان طاهرا يزيل عين النجاسة مائعا كان أو جامدا فى أى موضع كانت وبه قال أبو حنيفة وأصحابه . وقال قوم لاتزال النجاسة بما سوى المـاء الا فى الاستجمار فقط المتفق عليه وبه قال

مالك والشافعي . واختلفوا أيضا في ازالتها في الاستجمار بالعظم والروث فمنع ذلك قوم وأجازوه بغير ذلك مما ينقي واستثنى مالك من ذلك ماهو مطعوم ذو حرمة كالخبز وقد قيل ذلك فيما في استعماله سرف كالذهب والياقوت، وقوم قصروا الانقاء على الاحجار فقط وهو مذهب أهل الظاهر، وقوم أجازوا الاستنجاء بالعظم دون الروث وان كان مكروها عندهم وشذ الطبرى فأجاز الاستجمار بكل طاهر ونجس . وسبب اختلافهم في ازالة النجاسة بما عدى المـاء فيما عدى المخرجين هو هل المقصود بازالة النجاسة بالمـاء هو اتلاف عينها فقط فيستوى في ذلك مع الماء كل مايتلف عينها أم للماء في ذلك مزيد خصوص ليس لغير المـاء فمن لم يظهر عنده للماء مزيد خصـوص قال بازالتها بسائر المائعات والجامدات الطاهرة وأيد هذا المفهوم بالانفاق على ازالتها من المخرجين بغير الماء وبما ورد من حـديث أم سلمة انها قالت : انى امرأة أطيـل ذيلى وأمشى في المكان القذر فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم : يطهره مابعده وكذلك بالآثار التى خرجها أبو داود في هـذا مثل قوله عليه الصلاة والسلام : اذا وطىء أحدكم الاذى بنعليه فان التراب له طهور الى غير ذلك مما روى في هذا المعنى، ومن رأى أن للماء في ذلك مزيد خصوص منع ذلك الا في موضع الرخصة فقط وهو المخرجان ولما طالبت الحنيفة الشافعية بذلك الخصوص الذى للماء لجئوا في ذلك الى انها عبادة اذ لم يقدروا أن يعطوا في ذلك سببا معقولا حتى انهم سلموا ان الماء لايزيل النجاسة بمعنى معقول وانما ازالته بمعنى شرعى حكمى وطال الخطب والجدال بينهم هل ازالة النجاسة بالمـاء عبادة أو معنى معقول خلفا عن سلف واضطرت الشافعية الى أن تثبت ان في الماء قوة شرعية في رفع أحكام النجاسات ليست في غيره وان استوى مع سائر الاشياء في ازالة العين وأن المقصود انما هو ازالة ذلك الحـكم الذى اختص به الماء لاذهاب عين النجاسة بل قـد يذهب العين ويبقى الحكم فباعدوا المقصد وقد كانوا انفقوا قبل مع الحنفيين ان طهارة النجاسة ليست طهارة حكمية أعنى شرعية ولذلك لم تحتج الى نية ولو راموا الانفصال عنهم بانا نرى أن للماء قوة احالة للانجاس والادناس وقلعها من الثياب والابدان ليست لغيره ولذلك اعتمده الناس في تنظيف الابدان والثياب لكان قولا جيدا وغير بعيد بل لعله واجب ان لايعتقد أن الشرع انما اعتمد في كل موضع غسل النجاسات بالماء لهذه الخاصية التى في الماء ولو كانوا قالوا هذا لكانوا قد قالوا في ذلك قولا هو داخل في مذهب الفقه الجارى على المعانى وانما يلجأ الفقيه الى أن يقول عبادة اذا ضاق عليه المسلك مع الخصم فتأمل ذلك فانه بين من أمرهم في أكثر المواضع . وأما اختلافهم في الروث فسببه اختلافهم في المفهوم من النهى الوارد في ذلك عنه عليه الصلاة والسـلام

أعنى أمره عليه الصلاة والسلام . أن لايستنجى بعظم ولاروث فمن دل عنده النهى على الفساد لم يجز ذلك ومن لم ير ذلك اذ كانت النجاسة معنى معقولا حمل ذلك على الكراهية ولم يعــده الى ابطال الاستنجاء بذلك ومن فرق بين العظام والروث فلان الروث نجس عنده .

الباب الخامس

وأما الصفة التى بها تزول فاتفق العلماء على أنها غسل ومسح ونضح لوروده ذلك فى الشرع وثبوته فى الآثار واتفقوا على أن الغسل عام لجميع أنواع النجاسات ولجميع محال النجاسات وأن المسح بالاحجار يجوز فى المخرجين ويجوز فى الخفين وفى النعلين من العشب اليابس وكذلك ذيل المرأة الطويل اتفقوا على أن طهارته هى على ظاهر حديث أم سلمة من العشب اليابس واختلفوا من ذلك فى ثلاثة مواضع هى أصول هذا الباب ؛ أحــدها فى النضح لأى نجاسة هو، والثانى فى المسح لأى محل هو ولأى نجاسة هو بعد ان اتفقوا على ما ذكرناه ؛ والثالث اشتراط العــدد فى الغسل والمسح أما النضح فان قوما قالوا هذا خاص بازالة بول الطفل الذى لم يأ كل الطعام، وقوم فرقوا بين بول الذكر فى ذلك والانثى فقالوا ينضح بول الذكر ويغسل بول الانثى، وقوم قالوا الغسل طهارة ما يتيقن بنجاسته والنضح طهارة ماشك فيه وهومذهب مالك بن أنس رضى الله عنه * وسبب اختلافهم تعارض ظواهر الاحاديث فى ذلك أعنى اختلافهم فى مفهومها وذلك أن ههنا حديثين ثابتين فى النضح ،أحدهما حديث عائشة أن النبى عليه الصلاة والسلام :كان يؤتى بالصبيان فيبرك عليهم ويحنكهم فاتى بصبى فبال عليه فدعا بماء فاتبعه بوله ولم يغسله وفى بعض رواياته فنضحه ولم يغسله خرجه البخارى ، والآخر حديث أنس المشهور حين وصف صلاة رسول الله صلى الله عليه وسلم فى بيته قال: فقمت الى حصير لناقد اسود من طول مالبس فنضحته بالماء فمن الناس من صار الى العمل بمقتضى حديث عائشة وقال هذا خاص ببول الصبى واستثناه من سائر البول، ومن الناس من رجح الآثار الواردة فى الغسل على هذا الحديث وهو مذهب مالك ولم ير النضح الا الذى فى حديث أنس وهو الثوب المشكوك فيه على ظاهر مفهومه . وأما الذى فرق فى ذلك بين بول الذكر والانثى فانه اعتمد على مارواه أبو داود عن أبى الــسمح من قوله عليــه الصلاة والسلام . يغسل بول الجارية ويرش بول الصبى. وأما من لم يفرق فانما اعتمد قياس الانثى على الذكر الذى ورد فيه الحديث الثابت .وأما المسح فان قوما أجازوه فى أى محل كانت النجاســة اذا ذهب عينها على مذهب أبى حنيفة وكذلك

الفرق على قياس من يرى أن كل ما أزال العين فقد طهر، وقوم لم يجيزوه الا في المتفق عليه وهو المخرج وفي ذيل المرأة وفي الخف وذلك من العشب اليابس لا من الاذى غير اليابس وهو مذهب مالك وهؤلاء لم يعدوا المسح الى غير المواضع التي جاءت في الشرع وأما الفريق الآخر فانهم عدوه * والسبب في اختلافهم في ذلك هل ما ورد من ذلك رخصة أو حكم فمن قال رخصة لم يعدها الى غيرها أعني لم يقس عليها ومن قال هو حكم من أحكام ازالة النجاسة كحكم الغسل عداه. وأما اختلافهم في العدد فان قوماً اشترطوا الانقاء فقط في الغسل والمسح وقوم اشترطوا العدد في الاستجمار وفي الغسل والذين اشترطوه في الغسل منهم من اقتصر على المحل الذي ورد فيه العدد في الغسل بطريق السمع، ومنهم من عداه الى سائر النجاسات. أما من لم يشترط العدد لا في غسل ولا في مسح فمنهم مالك وأبو حنيفة، وأما من اشترط في الاستجمار العدد أعني ثلاثة أحجار لا أقل من ذلك فمنهم الشافعي وأهل الظاهر. وأما من اشترط العدد في الغسل واقتصر به على محله الذي ورد فيه وهو غسل الاناء سبعاً من ولوغ الكلب فالشافعي ومن قال بقوله وأما من عداه واشترط السبع في غسل النجاسات فاغلب ظني أن أحمد بن حنبل منهم وأبو حنيفة يشترط الثلاثة في ازالة النجاسة الغير محسوسة العين أعني الحكمية وسبب اختلافهم في هذا تعارض المفهوم من هذه العبادة لظاهر اللفظ في الاحاديث التي ذكر فيها العدد. وذلك أن من كان المفهوم عنده من الامر بازالة النجاسة ازالة عينها لم يشترط العدد أصلا وجعل العدد الوارد من ذلك في الاستجمار في حديث سلمان الثابت الذي فيه الامر ألا لا يستنجي بأقل من ثلاثة أحجار على سبيل الاستحباب حتى يجمع بين المفهوم من الشرع والمسموع من هذه الاحاديث وجعل العدد المشترط في غسل الاناء من ولوغ الكلب عبادة لا لنجاسة كما تقدم من مذهب مالك. وأما من صار إلى ظواهر هذه الآثار واستثناها من المفهوم فاقتصر بالعدد على هذه المحال التي ورد العدد فيها. وأما من رجح الظاهر على المفهوم فانه عدى ذلك الى سائر النجاسات. وأما حجة أبي حنيفة في الثلاثة فقوله عليه الصلاة والسلام: إذا استيقظ أحدكم من نومه فليغسل يده ثلاثاً قبل أن يدخلها في انائه.

الباب السادس

وأما آداب الاستنجاء ودخول الخلاء فاكثرها محمولة عند الفقهاء على الندب وهي معلومة من السنة كالبعد في المذهب إذا اراد الحاجة وترك الكلام عليها والنهي عن الاستنجاء باليمين وألا يمس ذكره بيمينه وغير ذلك مما ورد في الآثار وانما

اختلفوا من ذلك في مسئلة واحدة مشهورة وهي استقبال القبلة للغائط والبول واستدبارها فان للعلماء فيها ثلاثة أقوال ، قول انه لا يجوز أن تستقبل القبلة لغائط ولا بول أصلا ولا في موضع من المواضع ، وقول ان ذلك يجوز باطلاق، وقول انه يجوز في المباني والمدن ولا يجوز ذلك في الصحراء وفي غير المباني والمدن * والسبب في اختلافهم هذا حديثان متعارضان ثابتان ، أحدهما حديث أبي أيوب الانصاري أنه قال عليه الصلاة والسلام : اذا أتيتم الغائط فلا تستقبلوا القبلة ولا تستدبروها ولكن شرقوا أو غربوا ، والحديث الثاني حديث عبدالله بن عمر أنه قال ارتقيت على ظهر بيت أختي حفصة فرأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم قاعداً لحاجته على لبنتين مستقبل الشام مستدبر القبلة فذهب النـــاس في هذين الحديثين ثلاثة مذاهب ، أحدها مذهب الجمع ، والثاني مذهب الترجيح ، والثالث مذهب الرجوع الى البراءة الاصليـــة اذا وقع التعارض وأعني بالبراءة الاصلية عدم الحكم . فمن ذهب مذهب الجمع حمل حديث أبي أيوب الانصاري على الصحاري وحيث لا سترة وحمـــل حديث ابن عمر على السترة وهو مذهب مالك ، ومن ذهب مذهب الترجيح رجح حديث أبي أيوب لانه اذا تعارض حديثان ، أحدهما فيه شرع موضوع ، والآخر موافق للاصل الذي هو عدم الحكم ولم يعـــلم المتقدم منهما من المتأخر وجب ان يصار الى الحديث المثبت للشرع لانه قد وجب العمل بنقله من طريق العدول وتركه الذي ورد أيضاً من طريق العدول يمكن أن يكون ذلك قبل شرع ذلك الحـــكم ويمكن أن يكون بعده فلم يجزان نترك شرعا وجب العمـــل به بظن لم نؤمر ان نوجب النسخ به الا لو نقـــل انه كان بعـــده فان الظنون التي تستند اليها الاحكام محدودة بالشرع أعني التي توجب رفعها أو ايجابها وليست هي أي ظن اتفق ولذلك مايقولون ان العمل لم يجب بالظن وانما وجب بالاصل المقطوع به يريدون بذلك الشرع المقطوع به الذي أوجب العمل بذلك النوع من الظن وهذه الطريقة التي قلناها هي طريقة أبي محمد بن حزم الاندلسي وهي طريقة جيدة مبنية على أصول أهل الكلام الفقهي وهو راجع الى إنه لا يرتفع بالشك ماثبت بالدليل الشرعي . وأما من ذهب مذهب الرجوع الى الاصل عند التعارض فهو مبني على ان الشك يسقط الحكم ويرفعـــه وانه كلا حكم وهو مذهب داود الظـــاهري ولكن خالفه أبو محمـــد بن حزم في هـــذا الاصل مع أنه من أصحابه (قال القاضي) فهذا هو الذي رأينا ان ننبه في هذا الكتاب من المسائل التي ظننا انها تجري مجرى الاصول وهي التي نطق بها في الشرع أكثر ذلك أعني ان أكثرها يتعلق بالمنطوق به إما تعلقا قريباً أو قريبا من القريب وان نذكر بالشيء من هذا الجنس ما أثبتناه في هذا الباب

وأكثر ماعولت فيما نقلته من نسبة هـذه المذاهب الى أربابهـا هو كتاب الاستذكار وأنا فقد ابحث لمن وقع من ذلك على وهم لى ان يصلحه والله المعين والموفق .

﴿ كتاب الصلاة ﴾

(بسم الله الرحمن الرحيم) صلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما . الصلاة تنقسم أولا وبالجملة الى فرض وندب . والقول المحيط بأصول هـذه العبادة ينحصر بالجملة في أربعة أجناس أعنى أربع جمل ، الجملة الاولى في معرفة الوجوب وما يتعلق به والجملة الثانية في معرفة شروطها الثلاث أعنى شروط الوجوب وشروط الصحة وشروط التمام والكمال ، الجملة الثالثة في معرفة ما تشتمل عليه من أفعال وأقوال وهي الاركان الجملة الرابعة في قضائها ومعرفة اصلاح ما يقع فيها من الخلل وجبره لانه قضاء ما اذ كان استدراكا لما فات.

(الجملة الاولى) وهـذه الجملة فيها أربع مسائل هي في معنى أصول هذا البـاب ؛ المسئلة الاولى فى بيان وجوبها ، الثانية في بيان عدد الواجبات منها ، الثالثة في بيان على من يجب ؛ الرابعة ما الواجب على من تركها متعمداً .

(المسئلة الاولى) أما وجوبها فبين من الكتاب والسنة والاجماع وشهرة ذلك تغنى عن تكلف القول فيه .

❊(المسئلة الثانية)❊ وأما عدد الواجب منها ففيه قولان،أحدهما قول مالك والشافعى والاكثر وهو ان الواجب هى الخمس صلوات فقط لاغير ، والثانى قول أبى حنيفة وأصحابه وهو ان الوتر واجب مع الخمس واختلافهم هل يسمى ما ثبت بالسنة واجباً أو فرضاً لا معنى له.وسبب اختلافهم الاحاديث المتعارضة . أما الاحاديث التى مفهومها وجوب الخمس فقط بل هى نص في ذلك فمشهورة وثابتة ومن أبينها في ذلك ماورد في حديث الاسراء المشهور أنه لما بلغ الفرض الى خمس قال له موسى ارجع الى ربك فان امتك لاتطيق ذلك قال فراجعته فقال تعـالى هى خمس وهى خمسون لا يبدل القول لدى وحديث الاعرابى المشهور الذى سأل النبى عليه الصلاة والسلام عن الاسلام فقال له : خمس صلوات في اليوم والليلة قال هل على غيرها قال لا الا أن تطوع . وأما الاحاديث التى مفهومها وجوب الوتر فنها حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : ان الله قد زادكم صـلاة وهى الوتر فحافظوا عليها وحديث حارثة بن حذافة قال خرج علينا رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : ان الله امركم بصلاة هى خير لكم من حمر النعم وهي الوتر وجعلها لكم فيما بين صلاة

العشاء الى طلوع الفجر وحديث بريدة الاسلمى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال الوتر حق فمن لم يوتر فليس منا فمن رأى ان الزيادة هى نسخ ولم تقو عنده هذه الاحاديث قوة تبلغ بها ان تكون ناسخة لتلك الاحاديث الثابتة المشهوره رجح تلك الاحاديث وأيضاً فانه ثبت من قوله تعالى فى حديث الاسراء إنه لايبدل القول لدى وظاهره انه لايزاد فيها ولا ينقص منها وان كان هو فى النقصان اظهر والخبر ليس يدخله النسخ ومن بلغت عنده قوة هذه الاخبار التى اقتضت الزيادة على الخمس الى رتبة توجب العمل اوجب المصير الى هذه الزيادة لاسيما ان كان ممن يرى ان الزيادة لاتوجب نسخا لكن ليس هذا من رأى أبى حنيفة .

﴿ المسئلة الثالثة ﴾ واما على من تجب فعلى المسلم البالغ ولا خلاف فى ذلك .

﴿ المسئلة الرابعة ﴾ وأما ما الواجب على من تركها عمدا وأمر بها فابى أن يصليها لاجحودا لفرضها فان قوما قالوا يقتل، وقوماً قالوا يعزر ويحبس والذين قالوا يقتل منهم من أوجب قتله كفرا وهو مذهب أحمد واسحاق وابن المبارك. ومنهم من أوجبه حدا وهو مذهب مالك والشافعى وأبو حنيفة وأصحابه وأهل الظاهر ممن رأى حبسه وتعزيره حتى يصلى ☆ والسبب فى هذا الاختلاف اختلاف الآثار وذلك انه ثبت عنه عليه الصلاة والسلام انه قال : لايحل دم امرىء مسلم الا باحدى ثلاث كفر بعد ايمان أو زناً بعد احصان أو قتل نفس بغير نفس وروى عنه عليه الصلاة والسلام من حديث بريدة أنه قال : العهد الذى بيننا وبينهم الصلاة فمن تركها فقد كفر وحديث جابر عن النبى صلى الله عليه وسلم انه قال : ليس بين العبد وبين الكفر أو قال الشرك الا ترك الصلاة فمن فهم من الكفر ههنا الكفر الحقيقى جعل هذا الحديث كانه تفسير لقوله عليه الصلاة والسلام كفر بعد ايمان ومن فهم ههنا التغليظ والتوبيخ أى أن أفعاله أفعال كافر وانه فى صورة كافر كما قال : لايزنى المؤمن حين يزنى وهو مؤمن ولا يسرق السارق حين يسرق وهو مؤمن لم يرقتله كفراً . وأما من قال يقتل حدا فضعيف ولا مستند له الا قياس شبه ضعيف ان أمكن وهو تشبيه الصلاة بالقتل فى كون الصلاة رأس المأمورات والقتل رأس المنهيات وعلى الجملة فاسم الكفر انما ينطلق بالحقيقة على التكذيب وتارك الصلاة معلوم أنه ليس بمكذب الا أن يتركها معتقدا لتركها هكذا فنحن انا بين أحد أمرين، إما أن أردنا أن نفهم من الحديث الكفر الحقيقى يجب علينا أن نتأول أنه أراد عليه الصلاة والسلام من ترك الصلاة معتقدا لتركها فقد كفر . وإما أن يحمل اسم الكفر على غير موضوعه الاول وذلك على أحد معنيين إما على أن حكمه حكم الكافر أعنى فى القتل وسائر أحكام الكفار وان لم يكن مكذبا

وإما على أن أفعاله أفعال كافر على جهة التغليظ والردع له أى أن فاعل هـذا يشبه الكافر فى الافعال إذ كان الكافر لايصلى كما قال عليه الصلاة والسلام " لايزنى المؤمن حين يزنى وهو مؤمن وحمله على أن حكمه حكم الكافر في أحكامه لايجب المصير اليه الا بدليل لانه حكم لم يثبت بعد في الشرع من طريق يجب المصير اليه فقد يجب اذا لم يدل عندنا على الكفر الحقيقى الذى هوالتكذيب أن يدل على المعنى المجازى لاعلى معنى يوجب حكما لم يثبت بعدفي الشرع بل يثبت ضده وهوأنه لايحل دمه اذهوخارج عن الثلاث الذين نص عليهم الشرع فتأمل هذافانه بين والله أعلم أعنى انه يجب علينا أحد أمرين إما أن نقدر في الكلام محذوفا ان أردنا حمله على المعنى الشرعى المفهوم من اسم الكفر، واما أن نحمله على المعنى المستعار، واما حمله على أن حكمه حكم الكافر في جميع أحكامه مع انه مؤمن فشيء مفارق للاصول مع ان الحديث نص فى حق من يجب قتله كفرا وحدا ولذلك صار هذا القول مضاهيا لقول من يكفر بالذنوب .

﴿ الجملة الثانية في الشروط ﴾ وهذه الجملة فيها ثمانية أبواب ، الباب الاول في معرفة الاوقات ؛ الثانى في معرفة الاذان والاقامة ؛ الثالث في معرفة القبـلة ، الرابع في ستر العورة واللباس في الصـلاة ، الخامس في اشتراط الطهارة من النجس في الصـلاة ، السادس فى تعيين المواضع التى يصلى فيها من المواضع التى لايصلى فيها ، السابع فى معرفة الشروط التى هى شروط فى صحة الصلاة ؛ الثامن في معرفة النية وكيفية اشتراطها في الصلاة .

الباب الاول

وهذا الباب ينقسم أولا الى فصلين ؛ الاول في معرفة الاوقات المأمور بها ؛ الثانى فى معرفة الاوقات المنهى عنها .

﴿ الفصل الاول ﴾

وهذا الفصل ينقسم الى قسمين أيضاً ؛ القسم الاول فى الاوقات الموسـعة والمختارة ، والثانى فى أوقات أهل الضرورة .

(القسم الاول) من الفصل الاول من الباب الاول من الجملة الثانية والاصل فى هذا الباب قوله تعالى (ان الصلاة كانت على المؤمنين كتابا موقوتا) اتفق المسلمون على أن للصلوات الخمس أوقاتا خمسا هي شرط فى صحة الصلاة وان منها أوقات فضيلة وأوقات موسعة واختلفوا فى حدود أوقات التوسعة والفضيلة وفيه خمس مسائل .

﴿ المسألة الاولى ﴾ اتفقوا على أن أول وقت الظهر الذى لاتجوز قبله هو الزوال الا خلافا شاذاً روى عن ابن عباس والاماروى من الخلاف فى صلاة الجمعة على ماسيأتى واختلفوا منها في موضعين فى آخر وقتها الموسع وفى وقتها المرغب فيه . فاما آخر وقتها الموسع فقال مالك والشافعى وأبو ثور وداود هوأن يكون ظل كل شيء مثله. وقال أبو حنيفة آخر الوقت أن يكون ظل كل شيء مثليه في احدى الروايتين عنه وهوعنده أول وقت العصروقد روى عنه أن آخروقت الظهرهوالمثل واول وقت العصر المثلان وان مابين المثل والمثلين ليس يصلح لصلاة الظهر وبه قال صاحباه أبو يوسف ومحمد ☆ وسبب الخلاف في ذلك اختلاف الاحاديث وذلك انه ورد في امامة جبريل انه صلى بالنبي صلى الله عليه وسلم الظهر في اليوم الاول حين زالت الشمس وفي اليوم الثانى حين كان ظل كل شيء مثله ثم قال الوقت مابين هذين وروى عنه قال صلى الله عليه وسلم : انما بقاؤكم فيما سلف قبلكم من الامم كما بين صلاةالعصرالىغروبالشمس أوتى أهل التوراةالتوراة فعملوا حتى اذا انتصف النهار ثمعجزوا فاعطوا قيراطا قيراطا ثمأوتىأهل الانجيلالانجيل فعملوا الى صلاةالعصر ثم عجزوا فاعطوا قيراطا قيراطا ثم أوتينا القرآن فعملنا الى غروب الشمس فاعطينا قيراطين قيراطين فقال أهل الكتاب أى ربنا أعطيتهؤلاء قيراطين قيراطين وأعطيتنا قيراطا قيراطا ونحن كنا أكثر عملا قال الله تعالى : هل ظلمتكم من أجركم من شيء قالوا لا قال فهو فضلى أوتيهمن أشاء .فذهبمالك والشافعى الىحديث امامة جبريل وذهب أبو حنيفة الى مفهوم ظاهر هذا وهو أنه اذا كان من العصر الى الغروبأقصر من أول الظهر الى العصر على مفهوم هذا الحديث فواجب أن يكون أول العصر أكثر من قامة وان يكون هذا هو آخر وقت الظهر . قال أبو محمد بنحزم وليس كما ظنوا وقد امتحنت الامر فوجدت القامة تنتهى من النهار الى تسع ساعات وكسر (قال القاضى) انا الشاك فيالكسر وأظنه قال وثلث . وحجة من قال بايصال الوقتين أعنى اتصالا لابفصلغير منقسم قولهعليهالصلاة والسلام . لايخرج وقت صلاة حتى يدخل وقت اخرى وهو حديث ثابت . وأما وقتها المرغب فيه والمختار فذهب مالك الى أنه للمنفرد أول الوقت ويستحب تأخيرها عن أول الوقت قليلا في مساجد الجماعات.وقال الشافعى أول الوقت أفضل الافى شدة الحر وروى مثلذلك عن مالك.وقالت طائفة أول الوقت أفضل باطلاق للمنفرد والجماعة وفى الحر والبرد ☆وانما اختلفوا فى ذلك لاختلاف الاحاديثوذلك ان فى ذلك حديثين ثابتين أحدهما قولهعليه الصلاةوالسلام اذا اشتد الحر فأبردوا عن الصلاة فا ن شدة الحر من فيح جهنم والثانى أن النبيعليه

الصلاة والسلام : كان يصلى الظهر بالهاجرة وفي حديث حباب أنهم شكوا اليــه حر الرمضاء فلم يشكهم خرجه مسلم . قال زهير راوى الحديث قلت لابى اسحاق شيخه أفي الظهر قال نعم قلت أفي تعجيلها قال نعم فرجح قوم حديث الابراد اذ هو نص وتأولوا هذه الاحاديث اذ ليست بنص وقوم رجحوا هذه الاحاديث لعموم ماروى من قوله عليه الصلاة والسلام وقــد سئل أى الاعمال أفضل قال :الصلاة لأول ميقاتها والحديث متفق عليه وهذه الزيادة فيه أعنى لاول ميقاتها مختلف فيها .

(المسئلة الثانية) اختلفوا من صلاة العصر في موضعين ، أحدهما في اشتراك أول وقتها مع آخر وقت صلاة الظهر ، والثانى في آخر وقتها .فاما اختلافهم في الاشتراك فانه اتفق مالك والشافعي وداود وجماعة على أن أول وقت العصر هو بعينه آخر وقت الظهر وذلك اذا صار ظل كل شيء مثله الا أن مالكا يرى ان آخر وقت الظهر وأول وقت العصر هو وقت مشترك للصلاتين معا أعنى بقدر مايصلى فيه أربع ركعات .وأما الشافعى وأبو ثور وداود فاخر وقت الظهر عندهم هو الآن الذى هو أول وقت العصر وهو زمان غير منقسم . وقال أبو حنيفة كما قلنا أول وقت العصر أن يصير ظل كل شيء مثليه وقد تقدم سبب اختلاف أبى حنيفة معهم فى ذلك . وأما سبب اختلاف مالك مع الشافعى ومن قال بقوله في هذه فمعارضة حديث جبريل في هذا المعنى لحديث عبد الله بن عمر وذلك انه جاء فى امامة جبريل انه صلى بالنبي عليه الصلاة والسلام الظهر في اليوم الثانى في الوقت الذى صلى فيه العصر في اليوم الاول وفي حديث ابن عمر أنه قال عليه الصلاة والسلام ، وقت الظهر مالم يحضر وقت العصر خرجه مسلم فمن رجح حديث جبريل جعل الوقت مشتركا ومن رجح حديث عبد الله لم يجعل بينهما اشتراكا وحديث جبريل أمكن أن يصرف الى حديث عبد الله من حديث عبد الله الى حديث جبريل لانه يحتمل أن يكون الراوى تجوز في ذلك لقرب مابين الوقتين وحــديث امامة جبريل صححه الترمذى وحديث ابن عمر خرجه مسلم . وأما اختلافهم في آخر وقت العصر فعن مالك في ذلك روايتان ، احــداهما ان آخر وقتها أن يصير ظل كل شيء مثليه وبه قال الشافعى والثانية ان آخر وقتها مالم تصفر الشمس . وهــذا قول أحمد بن حنبل وقال أهل الظاهر آخر وقتها قبل غروب الشمس بركعة ﷻ والسبب في اختلافهم ان في ذلك ثلاثة أحاديث متعارضة الظاهر . أحدها حديث عبد الله بن عمر خرجه مسلم وفيه . فاذا صليتم العصر فانه وقت الى أن تصفر الشمس وفي بعض رواياته وقت العصر مالم تصفر الشمس والثانى حديث ابن عباس في امامة جبريل وفيه أنه . صلى

به العصر في اليوم الثاني حين كان ظل كل شيء مثليه . والثالث حديث أبي هريرة المشهور : من أدرك ركعة من العصر قبل أن تغرب الشمس فقد أدرك العصر ومن أدرك ركعة من الصبح قبل أن تطلع الشمس فقد أدرك الصبح فمن صار الى ترجيح حديث امامة جبريل جعل آخر وقتها المختار المثلين ومن صار الى ترجيح حديث أبي هريرة قال وقت العصر الى أن يبقى منها ركعة قبل غروب الشمس وهم أهل الظاهر كما قلنا ؛ وأما الجمهور فسلكوا في حديث أبي هريرة وحديث ابن عمر مع حديث ابن عباس اذ كان معارضا لهما كل التعارض مسلك الجمع لان حديثي ابن عباس وابن عمر تتقارب الحدود المذكورة فيهما ولذلك قال مالك مرة بهذا ومرة بذلك وأما الذي في حديث أبي هريرة فبعيد منهما ومتفاوت فقالوا حديث أبي هريرة انما خرج مخرج أهل الاعذار .

(المسئلة الثالثة) اختلفوا في المغرب هل لها وقت موسع كسائر الصلوات أم لا . فذهب قوم الى ان وقتها واحد غير موسع وهذا هو أشهر الروايات عن مالك وعن الشافعي ، وذهب قوم الى أن وقتها موسع وهو ما بين غروب الشمس الى غروب الشفق وبه قال أبو حنيفة وأحمد وأبو ثور وداود وقد روى هذا القول عن مالك والشافعي * وسبب اختلافهم في ذلك معارضة حديث امامة جبريل في ذلك لحديث عبد الله بن عمر وذلك ان في حديث أمامة جبريل أنه صلى المغرب في اليومين في وقت واحد وفي حديث عبد الله: ووقت صلاة المغرب ما لم يغب الشفق فمن رجح حديث امامة جبريل جعل لها وقتاً واحداً ومن رجح حديث عبد الله جعل لها وقتاً موسعا وحديث عبد الله خرجه مسلم ولم يخرج الشيخان حديث أمامة جبريل أعني حديث ابن عباس الذي فيه انه صلى بالنبي عليه الصلاة والسلام عشر صلوات مفسرة الاوقات ثم قال له الوقت ما بين هذين والذي في حديث عبد الله من ذلك هو موجود أيضا في حديث بريدة الاسلمي خرجه مسلم وهو أصل في هذا الباب قالوا وحديث بريدة أولى لانه كان بالمدينة عند سؤال السائل له عن أوقات الصلوات وحديث جبريل كان في أول الفرض بمكة .

(المسئلة الرابعة) اختلفوا من وقت العشاء الآخرة في موضعين ؛ أحدها في أوله والثاني في آخره . أما أوله فذهب مالك والشافعي وجماعة الى أنه مغيب الحمرة وذهب أبو حنيفة الى أنه مغيب البياض الذي يكون بعد الحمرة * وسبب اختلافهم في هذه المسئلة اشتراك اسم الشفق في لسان العرب فانه كما أن الفجر في لسانهم فجران كذلك الشفق شفقان أحمر وأبيض ومغيب الشفق الابيض يلزم أن يكون بعده من أول الليل

ما بعد الفجر المستدق من آخر لليل أعنى الفجر الكاذب واما بعد الفجر الابيض المستطير وتكون الحمرة نظير الحمرة فالطوالع اذاً أربعة الفجر الكاذب والفجر الصادق والاحمر والشمس وكذلك يجب أن تكون القوارب ولذلك ما ذكر عن الخليل من أنه رصد الشفق الابيض فوجده يبقى الى ثلث الليل كذب بالقياس والتجربة وذلك انه لا خلاف بينهم أنه قد ثبت في حديث بريدة وحديث امامة جبريل انه صلى العشاء في اليوم الاول حين غاب الشفق وقد رجح الجمهور مذهبهم بما ثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يصلى العشاء عند مغيب القمر في الليلة الثالثة ورجح أبو حنيفة مذهبه بما ورد في تأخير العشاء واستحباب تأخيره وقوله: لولا أن أشق على أمتى لأخرت هذه الصلاة الى نصف الليل. وأما آخر وقتها فاختلفوا فيه على ثلاثة أقوال: قول أنه ثلث الليل، وقول أنه نصف الليل. وقول انه الى طلوع الفجر وبالاول أعنى ثلث الليل قال الشافعى وأبو حنيفة وهو المشهور من مذهب مالك وروى عن مالك القول الثاني أعنى نصف الليل وأما الثالث فقول داود * وسبب الخلاف في ذلك تعارض الآثار ففى حديث امامة جبريل انه صلاها بالنبى عليه الصلاة والسلام في اليوم الثانى ثلث الليل وفي حديث أنس أنه قال: أخر النبى صلى الله عليه وسلم صلاة العشاء الى نصف الليل خرجه البخارى وروى أيضا من حديث أبى سعيد الخدرى وابى هريرة عن النبى عليه الصلاة والسلام انه قال: لولا ان أشق على أمتى لأخرت العشاء الى نصف الليل وفي حديث أبى قتادة: ليس التفريط فى النوم انما التفريط أن تؤخر الصلاة حتى يدخل وقت الاخرى فمن ذهب مذهب الترجيح لحديث امامة جبريل قال ثلث الليل ومن ذهب مذهب الترجيح لحديث أنس قال شطر الليل. وأما أهل الظاهر فاعتمدوا حديث أبى قتادة وقالوا هو عام وهو متأخر عن حديث امامة جبريل فهو ناسخ ولو لم يكن ناسخا لكان تعارض الآثار يسقط حكمها فيجب أن يصار الى استصحاب حال الاجماع وقد اتفقوا على أن الوقت يخرج بعد طلوع الفجر. واختلفوا فيما قبل فانا روينا عن ابن عباس ان الوقت عنده الى طلوع الفجر فوجب أن يستصحب حكم الوقت الا حيث وقع الاتفاق على خروجه وأحسب ان به قال أبو حنيفة.

﴿ المسئلة الخامسة ﴾ واتفقوا على ان اول وقت الصبح طلوع الفجر الصادق وآخره طلوع الشمس الا ما روى عن ابن القاسم وعن بعض أصحاب الشافعى من أن آخر وقتها الاسفار. واختلفوا في وقتها المختار فذهب الكوفيون وابو حنيفة وأصحابه والثورى وأكثر العراقيين الى أن الاسفار بها أفضل. وذهب مالك والشافعى واصحابه واحمد

ابن حنبل وأبو ثور وداود الى أن التغليس بها أفضل * وسبب اختلافهم اختلافهم في طريقة جمع الاحاديث المختلفة الظواهر في ذلك وذلك انه ورد عنه عليه الصلاة والسلام من طريق رافع بن خديج انه قال :اسفروا بالصبح فكلما أسفرتم فهو أعظم للاجر وروى عنه عليه الصلاة والسلام انه قال وقد سئل أى الاعمال أفضل قال : الصلاة لأول ميقاتها وثبت عنه عليه الصلاة والسلام انه : كان يصلى الصبح فتنصرف النساء متلفعات بمروطهن ما يعرفن من الغلس وظاهر الحديث انه كان عمله فى الاغلب فمن قال ان حديث رافع خاص وقوله الصلاة لأول ميقاتها عام والمشهور ان الخاص يقضى على العام اذ هو استثنى من هذا العموم صلاة الصبح وجعل حديث عائشة محمولا على الجواز وانه انما تضمن الاخبار بوقوع ذلك منه لابانه كان ذلك غالب أحواله صلى الله عليه وسلم قال الاسفار أفضل من التغليس، ومن رجح حديث العموم لموافقة حديث عائشة له ولانه نص فى ذلك أو ظاهر وحديث رافع بن خديج محتمل لانه يمكن ان يريد بذلك تبيين الفجر وتحققه فلا يكون بينه وبين حديث عائشة ولا العموم الوارد فى ذلك تعارض قال أفضل الوقت أوله . وأما من ذهب الى ان آخر وقتها الاسفار فانه تأول الحديث فى ذلك انه لاهل الضرورات أعنى قوله عليه الصلاة والسلام : من أدرك ركعة من الصبح قبل أن تطلع الشمس فقد أدرك الصبح وهذا شبيه بما فعله الجمهور فى العصر والعجب انهم عدلوا عن ذلك فى هذا ووافقوا أهل الظاهر ولذلك لاهل الظاهر أن يطالبوهم بالفرق بين ذلك .

(القسم الثانى من الفصل الاول من الباب الاول)

فاما أوقات الضرورة والعذر فاثبتها كما قلنا فقهاء الامصار ونفاها أهل الظاهر وقد تقدم سبب اختلافهم فى ذلك.واختلف هؤلاء الذين أثبتوها فى ثلاثة مواضع ؛ أحدها لاى الصلوات توجد هذه الاوقات ولايها لا ، والثانى فى حدود هذه الاوقات، الثالث فى من هم أهل العذر الذين رخص لهم فى هذه الاوقات وفى أحكامهم فى ذلك أعنى من وجوب الصلاة ومن سقوطها .

(المسئلة الاولى) اتفق مالك والشافعى على أن هذا الوقت هو لاربع صلوات للظهر والعصر مشتركا بينهما والمغرب والعشاء كذلك وانما اختلفوا فى جهة اشتراكهما على ما سيأتى بعد وخالفهم أبو حنيفة فقال ان هذا الوقت انما هو للعصر فقط وانه ليس ههنا وقت مشترك * وسبب اختلافهم فى ذلك هو اختلافهم فى جواز الجمع بين الصلاتين فى السفر فى وقت أحداهما على ما سيأتى بعد فمن تمسك بالنص الوارد فى صلاة العصر أعنى

الثابت من قوله عليه الصلاة والسلام : من أدرك ركعة من صلاة العصر قبل مغيب الشمس فقد أدرك العصر وفهم من هذا الرخصة ولم يجز الاشتراك فى الجمع لقوله عليه الصلاة والسلام : لايفوت وقت صلاة حتى يدخل وقت الاخرى ولما سنذكره بعد في باب الجمع من حجيج الفريقين قال انه لايكون هذا الوقت الا لصلاة العصر فقط . ومن أجاز الاشتراك في الجمع فى السفر قاس عليه أهل الضرورات لان المسافر أيضاً صاحب ضرورة وعذر فجعل هذا الوقت مشتركا للظهر والعصر والمغرب والعشاء .

(المسئلة الثانية) اختلف مالك والشافعى فى آخر الوقت المشترك لهما فقال مالك هو للظهر والعصر من بعد الزوال بمقدار أربع ركعات للظهر للحاضر وركعتان للمسافر الى أن يبقى للنهار مقدار أربع ركعات للحاضر أو ركعتين للمسافر فجعل الوقت الخاص للظهر انما هو اما مقدار أربع ركعات للحاضر بعد الزوال واما ركعتان للمسافر وجعل الوقت الخاص بالعصر اما أربع ركعات قبل المغيب للحاضر واما اثنان للمسافر أعنى أنه من أدرك الوقت الخاص فقط لم تلزمه الا الصلاة الخاصة بذلك الوقت ان كان ممن لم تلزمه الصلاة قبل ذلك الوقت ومن أدرك أكثر من ذلك أدرك الصلاتين معاً أو حكم ذلك الوقت وجعل آخر الوقت الخاص لصلاة العصر مقدار ركعة قبل الغروب وكذلك فعل في اشتراك المغرب والعشاء الا أن الوقت الخاص مرة جعله للمغرب فقال هو مقدار ثلاث ركعات قبل أن يطلع الفجر ومرة جعله للصلاة الاخيرة كما فعل في العصر فقال هو مقدار أربع ركعات وهو القياس وجعل آخر هذا الوقت مقدار ركعة قبل طلوع الفجر وأما الشافعي فجعل حدود أواخر هذه الاوقات المشتركة حدا واحدا وهو ادراك ركعة قبل غروب الشمس وذلك للظهر والعصر معاً ومقدار ركعة أيضا قبل انصداع الفجر وذلك للمغرب والعشاء معاً وقد قيل عنه بمقدار تكبيرة أعنى أنه من أدرك تكبيرة قبل غروب الشمس فقد لزمته صلاة الظهر والعصر معاً، وأما أبو حنيفة فوافق مالكا في أن آخر وقت العصر مقدار ركعة لاهل الضرورات عنده قبل الغروب ولم يوافق في الاشتراك والاختصاص ☆ وسبب اختلافهم أعنى مالكا والشافعى هل القول باشتراك الوقت للصلاتين معاً يقتضى أن لهما وقتين وقت خاص بهما ووقت مشترك أم انما يقتضى أن لهما وقتاً مشتركا فقط وحجة الشافعى أن الجمع انما دل على الاشتراك فقط لاعلى وقت خاص وأما مالك فقاس الاشتراك عنده في وقت الضرورة على الاشتراك عنده فى وقت التوسعة أعنى أنه لما كان لوقت الظهر والعصر الموسع وقتان وقت مشترك ووقت خاص وجب أن يكون الامر كذلك في أوقات الضرورة والشافعى

لا يوافقه على اشتراك الظهر والعصر فى وقت التوسعة لخلافهما فى هذه المسئلة انما ينبنى. والله أعلم على اختلافهم فى تلك الاولى فتأمله فانه بين والله أعلم .

(المسئلة الثالثة) وأما هذه الاوقات أعنى أوقات الضرورة فاتفقوا على أنها الاربع للحائض تطهر فى هذه الاوقات أو تحيض فى هذه الاوقات وهى لم تصل والمسافر يذكر الصلاة فى هذه الاوقات وهو حاضر أو الحاضر يذكرها فيها وهو مسافر والصبى يبلغ فيها والكافر يسلم . واختلفوا فى المغمى عليه فقال مالك والشافعى هو كالحائض من أهل هذه الاوقات لانه لا يقضى عندهم الصلاة التى ذهب وقتها وعند أبى حنيفة انه يقضى الصلاة فيما دون الخمس فاذا أفاق عنده من اغمائه متى ما أفاق قضى الصلاة وعند الآخر أنه اذا أفاق فى أوقات الضرورة لزمته الصلاة التى أفاق فى وقتها واذا لم يفق فيها لم تلزمه الصلاة وستأتى مسئلة المغمى عليه فيما بعد . واتفقوا على أن المرأة اذا طهرت فى هذه الاوقات انما تجب عليها الصلاة التى طهرت فى وقتها فان طهرت عند مالك وقد بقى من النهار أربع ركعات لغروب الشمس الى ركعة فالعصر فقط لازمة لها وان بقى خمس ركعات فالصلاتان معا وعند الشافعى ان بقى ركعة للغروب فالصلاتان معا كما قلنا أو تكبيرة على القول الثانى له وكذلك الامر عند مالك فى المسافر الناسى يحضر فى هذه الاوقات أو الحاضر يسافر وكذلك الكافر يسلم فى هذه الاوقات أعنى انه تلزمهم الصلاة وكذلك الصبى يبلغ . والسبب فى ان جعل مالك الركعة جزءا لآخر الوقت وجعل الشافعى جزء الركعة حدا مثل التكبيرة منها ان قوله عليه الصلاة والسلام : من أدرك ركعة من العصر قبل ان تغرب الشمس فقد أدرك العصر هو عند مالك من باب التنبيه بالاقل على الاكثر وعند الشافعى من باب التنبيه بالاكثر على الاقل وأيد هذا بما روى : من أدرك سجدة من العصر قبل أن تغرب الشمس فقد أدرك العصر فانه فهم من السجدة ههنا جزءا من الركعة وذلك على قوله الذى قال فيه من أدرك منهم تكبيرة قبل الغروب أو الطلوع فقد أدرك الوقت ومالك يرى أن الحائض انما تعتد بهذا الوقت بعد الفراغ من طهرها وكذلك الصبى يبلغ . وأما الكافر يسلم فيعتد له بوقت الاسلام دون الفراغ من الطهر وفيه خلاف والمغمى عليه عند مالك كالحائض وعند عبد الملك كالكافر يسلم ومالك يرى أن الحائض اذا حاضت فى هذه الاوقات وهى لم تصل بعد أن القضاء ساقط عنها والشافعى يرى ان القضاء واجب عليها وهو لازم لمن يرى أن الصلاة تجب بدخول أول الوقت لانها اذا حاضت وقد مضى من الوقت ما يمكن أن تقع فيه الصلاة فقد وجبت عليها الصلاة الا ان يقال ان الصلاة انما تجب بآخر الوقت وهو مذهب أبى حنيفة لا مذهب مالك فهذا كما ترى لازم لقول أبى حنيفة أعنى جاريا على أصوله لا على أصول قول مالك .

(الفصل الثانى من الباب الاول في الاوقات المنهى عن الصلاة فيها)

وهذه الاوقات اختلف العلماء منها في موضعين ؛ أحدها في عددها ، والثانى في الصلوات التى يتعلق النهى عن فعلها فيها .

(المسئلة الاولى) اتفق العلماء على أن ثلاثة من الاوقات منهى عن الصلاة فيها وهى وقت طلوع الشمس ووقت غروبها ومن لدن تصلى صلاة الصبح حتى تطلع الشمس واختلفوا في وقتين في وقت الزوال وفي الصلاة بعد العصر فذهب مالك وأصحابه الى أن الاوقات المنهى عنها هى أربعة الطلوع والغروب وبعد الصبح وأجاز الصلاة عند الزوال وذهب الشافعى الى ان هذه الاوقات الخمسة كلها منهى عنها الا وقت الزوال يوم الجمعة فانه أجاز فيه الصلاة ؛ واستثنى قوم من ذلك الصلاة بعد العصر ✡ وسبب الخلاف في ذلك أحد شيئين إما معارضة أثر لاثر وإما معارضة الاثر للعمل عند من راعى العمل أعنى عمل أهل المدينة وهو مالك بن أنس فحيث ورد النهى ولم يكن هناك معارض لا من قول ولا من عمل اتفقوا عليه وحيث ورد المعارض اختلفوا . أما اختلافهم في وقت الزوال فلمعارضة العمل فيه للاثر وذلك انه ثبت من حديث عقبة بن عامر الجهنى انه قال : ثلاث ساعات كان رسول الله صلى الله عليه وسلم ينهانا أن نصلى فيها وان نقبر فيها موتانا حين تطلع الشمس بازغة حتى ترتفع وحين يقوم قائم الظهيرة حتى تميل وحين تضيف الشمس للغروب خرجه مسلم وحديث أبى عبد الله الصنابحى في معناه ولكنه منقطع خرجه مالك في موطأه فمن الناس من ذهب الى منع الصلاة في هذه الاوقات الثلاثة كلها ومن الناس من استثنى من ذلك وقت الزوال إما باطلاق وهو مالك وإما في يوم الجمعة فقط وهو الشافعى . أما مالك فلأن العمل عنده بالمدينة لما وجده على الوقتين فقط ولم يجده على الوقت الثالث أعنى الزوال أباح الصلاة فيه واعتقد أن ذلك النهى منسوخ بالعمل . وأما من لم ير للعمل تأثيراً فبقى على أصله فى المنع وقد تكلمنا في العمل وقوته في كتابنا في الكلام الفقهى وهو الذى يدعى بأصول الفقه . وأما الشافعى فلما صح عنده ماروى ابن شهاب عن ثعلبة بن أبى مالك القرظى انهم كانوا في زمن عمر بن الخطاب يصلون يوم الجمعة حتى يخرج عمر ومعلوم أن خروج عمر كان بعد الزوال على ما صح ذلك من حديث الطنفسة التى كانت تطرح الى جدار المسجد الغربى فاذا غشى الطنفسة كلها ظل الجدار خرج عمر بن الخطاب مع ماروواه أيضا عن أبى هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم : نهى عن الصلاة نصف النهار حتى تزول الشمس الا يوم الجمعة استثنى من ذلك النهى يوم الجمعة وقوى هذا الاثر عنده العمل

في أيام عمر بذلك وان كان الاثر عنده ضعيفا . وأما من رجح الاثر الثابت في ذلك فبقي على اصله في النهى . وأما اختلافهم في الصلاة بعد صلاة العصر فسببه تعارض الآثار الثابتة في ذلك وذلك ان في ذلك حديثين متعارضين . احدهما حديث أبي هريرة المتفق على صحته أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن الصلاة بعد العصر حتى تغرب الشمس وعن الصلاة بعد الصبح حتى تطلع الشمس . والثاني حديث عائشة قالت : ماترك رسول الله صلى الله عليه وسلم صلاتين في بيتي قط سرا ولا علانية ركعتين قبل الفجر وركعتين بعد العصر فمن رجح حديث أبي هريرة قال بالمنع ومن رجح حديث عائشة أو رآه ناسخا لانه العمل الذي مات عليه صلى الله عليه وسلم قال بالجواز وحديث أم سلمة يعارض حديث عائشة وفيه انها رأت رسول الله صلى الله عليه وسلم يصلى ركعتين بعد العصر فسألته عن ذلك فقال أنه أتاني ناس من عبد القيس فشغلوني عن الركعتين اللتين بعد الظهر وهما هاتان .

(المسئلة الثانية) اختلف العلماء في الصلاة التي لاتجوز في هذه الاوقات فذهب أبو حنيفة وأصحابه الى انها لاتجوز في هذه الأوقات صلاة باطلاق لافريضة مقضية ولا سنة ولا نافلة الا عصر يومه قالوا فانه يجوز ان يقضيه عند غروب الشمس اذا نسيه واتفق مالك والشافعي انه يقضي الصلوات المفروضة في هذه الاوقات . وذهب الشافعي الى ان الصلوات التي لاتجوز في هذه الاوقات هي النوافل فقط التي تفعل لغير سبب وأن السنن مثل صلاة الجنازة تجوز في هذه الأوقات ووافقه مالك في ذلك بعد العصر وبعد الصبح أعنى في السنن وخالفه في التي تفعل لسبب مثل ركعتي المسجد فان الشافعي يجيز هاتين الركعتين بعد العصر وبعد الصبح ولا يجيز ذلك مالك، واختلف قول مالك في جواز السنن عند الطلوع والغروب وقال الثوري في الصلوات التي لا تجوز في هذه الاوقات هي ما عدا الفرض ولم يفرق سنة من نفل فيتحصل في ذلك ثلاثة اقوال . قول هي الصلوات باطلاق ، وقول أنها ما عدا المفروض سواء كانت سنة أو نفلا ، وقول انها النفل دون السنن وعلى الرواية التي منع مالك فيها صلاة الجنائز عند الغروب قول رابع وهو أنها النفل فقط بعد الصبح والعصر والنفل والسنن معا عند الطلوع والغروب * وسبب الخلاف في ذلك اختلافهم في الجمع بين العمومات المتعارضة في ذلك أعني الواردة في السنة واى يخص باى وذلك ان عموم قوله عليه الصلاة والسلام : اذا نسي أحدكم الصلاة فليصلها اذا ذكرها يقتضي استغراق جميع الاوقات وقوله في أحاديث النهي في هذه الاوقات : نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الصلاة فيها يقتضي أيضا عموم أجناس الصلوات أعني المفروضات

والسنن والنوافل فتى حملنا الحديثين على العموم في ذلك وقع بينهما تعارض هو من جنس التعارض الذى يقع بين العام والخاص إما في الزمان وإما في اسم الصلاة؛ فمن ذهب الى الاستثناء في الزمان أعنى استثناء الخاص من العام منع الصلوات باطلاق في تلك الساعات؛ ومن ذهب الى استثناء الصلاة المفروضة المنصوص عليها بالقضاء من عموم اسم الصلاة المنهى عنها منع ماعدا الفرض في تلك الأوقات وقد رجح مالك مذهبه من استثناء الصلوات المفرضة من عموم اسم الصلاة بما وردمن قوله عليه الصلاة والسلام : من أدرك ركعة من العصر قبل أن تغرب الشمس فقد أدرك العصر ولذلك استثنى الكوفيون عصر اليوم من الصلوات المفروضة لكن قد كان يجب عليهم أن يستثنوا من ذلك صلاة الصبح أيضا للنص الوارد فيها ولا يردوا ذلك برأيهم من أن المدرك لركعة قبل الطلوع يخرج للوقت المحظور والمدرك لركعة قبل الغروب يخرج للوقت المباح . وأما الكوفيون فلهم أن يقولوا أن هذا الحديث ليس يدل على استثناء الصلوات المفروضة من عموم اسم الصلاة التى تعلق النهى بها في تلك الاوقات لان عصر اليوم ليس في معنى سائر الصلوات المفروضة وكذلك كان لهم أن يقولوا في الصبح لو سلموا أنه يقضى في الوقت المنهى عنه فاذا الخلاف بينهم آئل الى أن المستثنى الذى ورد به اللفظ هل هو من باب الخاص أريد به الخاص أو من باب الخاص أريد به العام وذلك أن من رأى أن المفهوم من ذلك هي صلاة العصر والصبح فقط المنصوص عليهما فهو عنده من باب الخاص أريد به الخاص ومن رأى أن المفهوم من ذلك ليس هو صلاة العصر فقط ولا الصبح بل جميع الصلوات المفروضة فهو عنده من باب الخاص أريد به العام واذا كان ذلك كذلك فليس ههنا دليل قاطع على أن الصلوات المفروضة هي المستثناة من اسم الصلاة الفائتة كما أنه ليس ههنا دليل أصلا لا قاطع ولا غير قاطع على استثناء الزمان الخاص الوارد في أحاديث النهى من الزمان العام الوارد في أحاديث الأمر دون استثناء الصلاة الخاصة المنطوق بها في أحاديث الأمر من الصلاة العامة المنطوق بها في أحاديث النهى وهذا بين فانه اذا تعارض حديثان في كل واحد منهما عام وخاص لم يجب أن يصار الى تغليب أحدهما الا بدليل أعنى استثناء خاص هذا من عام ذاك أو خاص ذاك من عام هذا وذلك بين والله اعلم .

﴿ الباب الثانى في معرفة الاذان والاقامة ﴾

هذا الباب ينقسم أيضا الى فصلين . الأول في الاذان . والثانى في الاقامة .

﴿ الفصل الاول ﴾

هذا الفصل ينحصر فيه الكلام في خمسة أقسام الاول في صفته ، الثاني في حكمه الثالث في وقته ، الرابع في شروطه الخامس فيما يقوله السامع له .

﴿ القسم الاول من الفصل الاول من الباب الثاني في صفة الاذان ﴾

اختلف العلماء في الاذان على أربع صفات مشهورة . احداها تثنية التكبير فيه وتربيع الشهادتين وباقيه مثنى وهو مذهب أهل المدينة مالك وغيره واختار المتأخرون من أصحاب مالك الترجيع وهو أن يثنى الشهادتين أولا خفيا ثم يثنيهما مرة ثانية مرفوع الصوت والصفة الثانية أذان المكيين وبه قال الشافعي وهو تربيع التكبير الاول والشهادتين وتثنية باقي الاذان . والصفة الثالثة أذان الكوفيين وهو تربيع التكبير الاول وتثنية باقي الاذان وبه قال أبو حنيفة . والصفة الرابعة أذان البصريين وهو تربيع التكبير الاول وتثليث الشهادتين وحي على الصلاة وحي على الفلاح يبدأ بأشهد أن لا اله الا الله حتى يصل حي على الفلاح ثم يعيد كذلك مرة ثانية أعني الاربع كلمات تبعاً ثم يعيدهن ثالثة وبه قال الحسن البصري وابن سيرين * والسبب في اختلاف كل واحد من هؤلاء الاربع فرق اختلاف الآثار في ذلك واختلاف اتصال العمل عند كل واحد منهم وذلك أن المدنيين يحتجون لمذهبهم بالعمل المتصل بذلك في المدينة والمكيون كذلك أيضاً يحتجون بالعمل المتصل عندهم بذلك وكذلك الكوفيون والبصريون ولكل واحد منهم آثار تشهد لقوله . أما تثنية التكبير في أوله على مذهب أهل الحجاز فروى من طرق صحاح عن أبي محذورة وعبد الله بن زيد الانصاري وتربيعه أيضاً مروى عن أبي محذورة من طرق أخر . وعن عبد الله بن زيد قال الشافعي وهي زيادات يجب قبولها مع اتصال العمل بذلك بمكة . وأما الترجيع الذي اختاره المتأخرون من أصحاب مالك فروى من طريق أبي قدامة قال أبو عمر وأبو قدامة عندهم ضعيف . وأما الكوفيون فبحديث أبي ليلى وفيه أن عبد الله بن زيد رأى في المنام رجلا قام على خرم حائط وعليه بردان أخضران فأذن مثنى وأقام مثنى وأنه أخبر بذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فقام بلال فأذن مثنى وأقام مثنى والذي خرجه البخاري في هذا الباب انما هو من حديث أنس فقط وهو أن بلالا أمر أن يشفع الاذان ويوتر الاقامة الا قد قامت الصلاة فانه يثنيها وخرج مسلم عن أبي محذورة على صفة أذان

الحجازيين ولمكان هذا التعارض الذى ورد في الاذان رأى أحمد بن حنبل وداود ان هذه الصفات المختلفة انما وردت على التخيير لا على ايجاب واحدة منها وأن الانسان مخير فيها واختلفوا في قول المؤذن في صلاة الصبح الصلاة خير من النوم هل يقال فيها أم لا فذهب الجمهور الى أنه يقال ذلك فيها، وقال آخرون انه لا يقال لانه ليس من الاذان المسنون وبه قال الشافعى ☆ وسبب اختلافهم اختلافهم هل قيل ذلك فى زمان النبي صلى الله عليه وسلم أو انما قيل في زمان عمر .

﴿القسم الثانى من الفصل الاول من الباب الثانى﴾

اختلف العلماء في حكم الاذان هل هو واجب أو سنة مؤكدة وان كان واجباً فهل هو من فروض الاعيان أو من فروض الكفاية، فقيل عن مالك ان الاذان هو فرض على مساجد الجماعات وقيل سنة مؤكدة ولم يره على المنفرد لا فرضا ولا سنة ، وقال بعض أهل الظاهر هو واجب على الاعيان ، وقال بعضهم على الجماعة كانت في سفر أو في حضر ، وقال بعضهم في السفر . واتفق الشافعى وأبو حنيفة على أنه سنة للمنفرد والجماعة الا انها آكد في حق الجماعة قال أبو عمر واتفق الكل على أنه سنة مؤكدة أو فرض على المصرى لما ثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان اذا سمع النداء لم يغر واذا لم يسمعه أغار ✽ والسبب في اختلافهم معارضة المفهوم من ذلك لظواهر الآثار وذلك أنه ثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لمالك بن الحويرث ولصاحبه : اذا كنتما في سفر فاذنا وأقيما وليؤمكما أكبركما وكذلك ما روي من اتصال عمله به صلى الله عليه وسلم في الجماعات فمن فهم من هذا الوجوب مطلقا قال انه فرض على الاعيان أو على الجماعة وهو الذى حكاه ابن المغلس عن داود ومن فهم منه الدعاء الى الاجتماع للصلاة قال انه سنة في المساجد أو فرض في المواضع التى يجتمع اليها الجماعة فسبب الخلاف هو تردده بين أن يكون قولا من أقاويل الصلاة المختصة بها أو يكون المقصود به هو الاجتماع .

(القسم الثالث من الفصل الاول)

و أما وقت الاذان فاتفق الجميع على أنه لا يؤذن للصلاة قبل وقتها ما عدا الصبح فانهم اختلفوا فيها فذهب مالك والشافعى الى أنه يجوز أن يؤذن لها قبل الفجر ، ومنع ذلك أبو حنيفة ، وقال قوم لا بد للصبح اذا أذن لها قبل الفجر من أذان بعد الفجر لان الواجب عندهم هو الاذان بعد الفجر ، وقال أبو محمد بن حزم لا بد لها من أذان

حيث الحجم المطلق للانتاج الصناعي ام من حيث حجم الانتاج الصناعي بالنسبة لكل فرد من السكان. وفي ذلك الوقت تقريبا، سيتجاوز الاتحاد السوفييتي مستوى الولايات المتحدة الراهن من حيث الانتاج الزراعي بكل فرد من السكان مقدار ٥٠ بالمئة ويتجاوز مستوى الولايات المتحدة من حيث الدخل الوطني.

ولكن هذا هو الحد الاول. ولن نتوقف عنده. **ففي سياق السنوات العشر الثانية، اي قبل ١٩٨٠، ستسبق بلادنا الولايات المتحدة الاميركية بشوط بعيد من حيث الانتاج الصناعي والزراعي بالنسبة لكل فرد من السكان.**

(المرجع نفسه، ص ص ٢٢٤ ـ ٢٢٥)

ان برنامج الحزب الشيوعي في الاتحاد السوفييتي لم يقتصر على المناداة بالاهداف السياسية، بل برر ودعم علميا ضرورة انشاء القاعدة المادية والتكنيكية للمجتمع الشيوعي. فان لدى الشعب السوفييتي الآن مخططا محسوبا بعمق ومن جميع النواحي لأجل تطوير الصناعة والزراعة واجراء نهوض جبار في قوى وطننا المنتجة. ولقد حدد الحزب مستوى الانتاج المادي الذي يجب ان تبلغه بلادنا بغية انشاء القاعدة المادية والتكنيكية للشيوعية.

وهكذا، يجد مخطط بناء الشيوعية تعبيرا عنه في ملايين الاطنان من الفولاذ والوقود، في مليارات الكيلواطات ساعة من الطاقة الكهربائية، في تسارع وتائر تطوير الكيمياء وصناعة الانشاءات الميكانيكية والصناعة الخفيفة، في

الاذان أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بلالا فاذن ثم أمر عبد الله فأقام فمن ذهب مذهب النسخ قال حديث عبد الله بن زيد متقدم وحديث الصدائى متأخر، ومن ذهب مذهب الترجيح قال حديث عبدالله بن زيد أثبت لان حديث الصدائى انفرد به عبد الرحمن بن زياد الافريقى وليس بحجة عندهم. وأما اختلافهم في الاجرة على الاذان فلمكان اختلافهم في تصحيح الخبر الوارد في ذلك أعنى حديث عثمان بن ابى العاص وفيه أنه قال من آخر ماعهد الى رسول الله صلى الله عليه وسلم ان اتخذ مؤذنا لايأخذ على اذانه أجرا ومن منعه قاس الاذان في ذلك على الصلاة. وأما سائر الشروط الاخر فسبب الخلاف فيها هو قياسها على الصلاة فمن قاسها على الصلاة أوجب تلك الشروط الموجودة في الصلاة، ومن لم يقسها لم يوجب ذلك. قال ابوعمر بن عبد البر قد روينا عن ابى وائل بن حجر قال حق وسنة مسنونة ألا يؤذن الا وهو قائم ولايؤذن الا على طهر قال وابو وائل هو من الصحابة وقوله سنة يدخل في المسند وهو اولى من القياس (قال القاضى) وقد خرج الترمذى عن ابى هريرة انه عليه الصلاة والسلام قال لايؤذن الامتوضىء.

﴿ القسم الخامس ﴾

اختلف العلماء فيما يقوله السامع للمؤذن فذهب قوم الى انه يقول مايقول المؤذن كلمة بكلمة الى آخر النداء، وذهب آخرون الى انه يقول مثل مايقول المؤذن إلا اذا قال حى على الصلاة حى الفلاح فانه يقول لاحول ولا قوة الا بالله * والسبب في الاختلاف في ذلك تعارض الآثار وذلك انه قد روى من حديث أبى سعيد الخدرى أنه عليه الصلاة والسلام قال: اذا سمعتم المؤذن فقولوا مثل مايقول. وجاء من طريق عمر بن الخطاب وحديث معاوية ان السامع يقول عند حى على الصلاة حى على الفلاح لاحول ولاقوة الا بالله فمن ذهب مذهب الترجيح أخذ بعموم حديث أبى سعيد الخدرى، ومن بنى العام في ذلك على الخاص جمع بين الحديثين وهو مذهب مالك بن أنس.

﴿ الفصل الثانى ﴾

(من الباب الثانى من الجملة الثانية في الاقامة)

اختلفوا في الاقامة في موضعين في حكمها وفي صفتها. اما حكمها فانها عند فقهاء الامصار في حق الاعيان والجماعات سنة مؤكدة أكثر من الاذان وهى عند أهل الظاهر فرض

ولا أدرى هل هي فرض عنـدهم على الاطلاق أو فرض من فروض الصلاة. والفرق بينهما ان على القول الاول لاتبطل الصلاة بتركها وعلى الثانى تبطل . وقال ابن كنانة من أصحاب مالك من تركها عامداً بطلت صلاته . وسبب هذا الاختلاف اختلافهم هل هي من الافعال التى وردت بياناً لمجل الامر بالصلاة فيحمل على الوجوب لقوله عليه الصلاة والسلام : صلوا كما رأيتمونى أصلى أم هي من الافعال التى تحمل على الندب وظاهر حديث مالك بن الحويرث يوجب كونها فرضاً إما في الجماعة وأما على المنفرد . وأما صفة الاقامة فانها عند مالك والشافعى أما التكبير الذى في أولها فمثنى وأما مابعد ذلك فمرة واحدة الا قوله قد قامت الصلاة فانها عند مالك مرة واحـدة وعنـد الشافعى مرتين . وأما الحنفية فان الاقامة عندهم مثنى مثنى، وخير أحمد بن حنبل بين الافراد والتثنية على رأيه في التخيير في النـداء * وسبب الاختلاف تعارض حديث أنس في هذا المعنى وحديث ابى ليلى المتقدم وذلك أن في حديث انس الثابت : أمر بلال أن يشفع الاذان ويفرد الاقامة الا قد قامت الصلاة . وفى حديث أبى ليـلى أنه عليه الصلاة والسلام : أمر بلالا فأذن مثنى وأقام مثنى . والجمهور أنه ليس على النساء أذان ولا اقامة . وقال مالك ان أقمن فحسن، وقال الشافعى ان أذن وأقمن فحسن وقال اسحاق ان عليهن الاذان والاقامة . وروى عن عائشة أنهـا كانت تؤذن وتقيم فيما ذكره ابن المنذر . والخلاف آيل الى هل تؤم المرأة أولاتؤم ، وقيل الاصل انها في معنى الرجل في كل عبادة الا أن يقوم الدليل على تخصيصها أم في بعضها هى كـذلك وفي بعضها يطلب الدليل .

﴿ الباب الثالث من الجملة الثانية في القبلة ﴾

اتفق المسلمون على أن التوجه نحو البيت شرط من شروط صحة الصلاة لقوله تعالى (ومن حيث خرجت فول وجهك شطر المسجد الحرام) . أما اذا أبصر البيت فالفرض عندهم هو التوجه الى عين البيت ولا خلاف في ذلك وأما اذا غابت الـكعبة عن الابصار فاختلفوا من ذلك فى موضعين ؛ أحدهما هل الفرض هو العـين أو الجهة ، والثـانى هل فرضه الاصابة أو الاجتهاد أعنى اصابة الجهة أو العين عند من أوجب العين فذهب قوم الى ان الفرض هو العين، وذهب آخرون الى انه الجهة * والسبب في اختلافهم هل في قوله تعالى (فول وجهك شطر المسجد الحرام) محذوف حتى يكون

تقديره (١) ومن حيث خرجت فول وجهك شطر المسجد الحرام أم ليس هنا محذوف أصلا وان الكلام على حقيقته فمن قدر هنالك محذوفا قال الفرض الجهة ومن لم يقدر هنالك محذوفا قال الفرض العين والواجب حمل الكلام على الحقيقة حتى يدل الدليل على حمله على المجاز وقد يقال ان الدليل على تقدير هذا المحذوف قوله عليه الصلاة والسلام : مابين المشرق والمغرب قبلة اذا توجه نحو البيت قالوا واتفاق المسلمين على الصف الطويل خارج الكعبة يدل على ان الفرض ليس هو العين أعني اذا لم تكن الكعبة مبصرة . والذي أقول انه لو كان واجباً قصد العين لكان حرجا وقد قال تعالى (وماجعل عليكم في الدين من حرج) فان اصابة العين شيء لا يدرك الا بتقريب وتسامح بطريق الهندسة واستعمال الارصاد في ذلك فكيف بغير ذلك من طرق الاجتهاد ونحن لم نكلف الاجتهاد فيه بطريق الهندسة المبنى على الارصاد المستنبط منها طول البلاد وعرضها .

(وأما المسئلة الثانية) فهي هل فرض المجتهد في القبلة الاصابة أو الاجتهاد فقط حتى يكون اذا قلنا ان فرضه الاصابة متى تبين له انه أخطأ أعاد الصلاة ومتى قلنا ان فرضه الاجتهاد لم يجب ان يعيد اذا تبين له أن أخطأ وقد كان صلى قبل باجتهاده ، أما الشافعي فزعم ان فرضه الاصابة وانه اذا تبين له انه اخطأ أعاد أبدا، وقال قوم لا يعيد وقد مضت صلاته مالم يتعمد أو صلى بغير اجتهاد وبه قال مالك وأبو حنيفة الا ان مالكا استحب له الاعادة في الوقت * وسبب الخلاف في ذلك معارضة الأثر للقياس مع الاختلاف أيضا في تصحيح الاثر الوارد في ذلك . أما القياس فهو تشبيه الجهة بالوقت اعني بوقت الصلاة وذلك انهم اجمعوا على ان الفرض فيه هو الاصابة وانه ان انكشف للمكلف انه صلى قبل الوقت اعاد أبداً الا خلافا شاذاً في ذلك عن ابن عباس وعن الشعبي وماروى عن مالك من ان المسافر اذا جهل فصلى العشاء قبل غيبوبة الشفق ثم انكشف له انه صلاها قبل غيبوبة الشفق انه قد مضت صلاته . ووجه الشبه بينهما ان هذا ميقات وقت وهذا ميقات جهة واما الاثر فحديث عامر بن ربيعة قال : كنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم في ليلة ظلماء في سفر فخفيت علينا القبلة فصلى كل واحد منا الى وجهه وعلمنا فلما أصبحنا فاذا نحن قد صلينا الى غير القبلة فسألنا رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال مضت صلاتكم ونزلت (ولله المشرق والمغرب فاينما تولوا فثم وجه الله) وعلى هذا فتكون هذه الآية محكمة وتكون فيمن صلى فانكشف له انه صلى لغير القبلة والجمهور على انها منسوخة بقوله تعالى (ومن حيث خرجت فول وجهك شطر المسجد الحرام) فمن لم

---

(١) المحذوف المراد تقديره في الآية ساقط من النسخ التي بأيدينا ولم نقف على تقديره في مكانه من الكتب

يصح عنده هذا الاثر قاس ميقات الجهة على ميقات الزمان، ومن ذهب مذهب الاثر لم يبطل صلاته . وفي هذا الباب مسئلة مشهورة وهي جواز الصلاة في داخل الكعبة وقد اختلفوا في ذلك فنهم من منعه على الاطلاق ، ومنهم من أجازه على الاطلاق ومنهم من فرق بين النفل في ذلك والفرض * وسبب اختلافهم تعارض الآثار في ذلك والاحتمال المتطرق لمن استقبل أحد حيطانها من داخل هل يسمى مستقبلا للبيت كما يسمى من استقبله من خارج أم لا . أما الاثر فانه ورد في ذلك حديثان متعارضان كلاهما ثابت ، أحدهما حديث ابن عباس قال : لما دخل رسول الله صلى الله عليه وسلم البيت دعا في نواحيه كلها ولم يصل حتى خرج فلما خرج ركع ركعتين في قبل الكعبة وقال هذه القبلة والثاني حديث عبد الله بن عمر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم دخل الكعبة هو وأسامة بن زيد وعثمان بن طلحة وبلال بن رباح فأغلقها عليه ومكث فيها فسألت بلالا حين خرج ماذا صنع رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : جعل عمودا عن يساره وعمودا عن يمينه وثلاث اعمدة وراءه ثم صلى فمن ذهب مذهب الترجيح او النسخ قال إما بمنع الصلاة مطلقا ان رجح حديث ابن عباس، واما باجازتها مطلقا ان رجح حديث ابن عمر، ومن ذهب مذهب الجمع بينهما حمل حديث ابن عباس على الفرض وحديث ابن عمر على النفل والجمع بينهما فيه عسر فان الركعتين اللتين صلاهما عليه الصلاة والسلام خارج الكعبة وقال هذه القبلة هي نفل، ومن ذهب مذهب سقوط الاثر عند التعارض فان كان ممن يقول باستصحاب حكم الاجماع والاتفاق لم يجز الصلاة داخل البيت أصلا وان كان ممن لا يرى استصحاب حكم الاجماع عاد النظر في انطلاق اسم المستقبل للبيت على من صلى داخل الكعبة فمن جوزه أجاز الصلاة ومن لم يجوزه وهو الاظهر لم يجز الصلاة في البيت . واتفق العلماء بأجمعهم على استحباب السترة بين المصلي والقبلة اذا صلى منفردا كان أو اماما وذلك لقوله عليه الصلاة والسلام : اذا وضع أحدكم بين يديه مثل مؤخرة الرحل فليصل. واختلفوا في الخط اذا لم يجد سترة فقال الجمهور ليس عليه أن يخط، وقال أحمد بن حنبل يخط خطا بين يديه * وسبب اختلافهم اختلافهم في تصحيح الاثر الوارد في الخط والاثر رواه أبو هريرة أنه عليه الصلاة والسلام قال : اذا صلى أحدكم فليجعل تلقاء وجهه شيئاً فان لم يكن فلينصب عصا فان لم تكن معه عصا فليخط خطا ولا يضره من مر بين يديه خرجه أبو داود وكان أحمد بن حنبل يصححه والشافعي لا يصححه وقد روى انه صلى الله عليه وسلم صلى لغير سترة والحديث الثابت انه كان يخرج له العنزة فهذه جملة قواعد هذا الباب وهي اربع مسائل .

(الباب الرابع من الجملة الثانية)

هذا الباب ينقسم الى فصلين . احدهما في ستر العورة . والثاني فيما يجزىء من اللباس في الصلاة .

(الفصل الاول)

اتفق العلماء على ان ستر العورة فرض باطلاق واختلفوا هل هو شرط من شروط صحة الصلاة ام لا وكذلك اختلفوا في حد العورة من الرجل والمرأة وظاهر مذهب مالك انها من سنن الصلاة، وذهب أبو حنيفة والشافعي الى أنها من فروض الصلاة * وسبب الخلاف في ذلك تعارض الآثار واختلافهم في مفهوم قوله تعالى (يابني آدم خذوا زينتكم عند كل مسجد) هل الامر بذلك على الوجوب أو على الندب فمن حمله على الوجوب قال المراد به ستر العورة واحتج لذلك بان سبب نزول هذه الآية كان ان المرأة كانت تطوف بالبيت عريانة وتقول :

اليوم يبدو بعضه أو كله * ومابدا منه فلا أحله

فنزلت هذه الآية وأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم ألا يحج بعد العام مشرك ولا يطوف بالبيت عريان، ومن حمله على الندب قال المراد بذلك الزينة الظاهرة من الرداء وغير ذلك من الملابس التي هي زينة واحتج لذلك بما جاء في الحديث من أنه كان رجال يصلون مع النبي عليه الصلاة والسلام عاقدي أزرهم على أعناقهم كهيئة الصبيان ويقال للنساء لا ترفعن رؤوسكن حتى يستوي الرجال جلوسا قالوا ولذلك من لم يجد ما يستر به عورته لم يختلف في انه يصلي، واختلف فيمن عدم الطهارة هل يصلي أم لا يصلي .

(وأما المسئلة الثانية) وهو حد العورة من الرجل فذهب مالك والشافعي الى ان حد العورة منه ما بين السرة الى الركبة وكذلك قال أبو حنيفة. وقال قوم العورة هما السوءتان فقط من الرجل * وسبب الخلاف في ذلك أثران متعارضان كلاهما ثابت ، احدهما حديث جرهد أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : الفخذ عورة ، والثاني حديث أنس أن النبي صلى الله عليه وسلم حسر عن فخذه وهو جالس مع أصحابه قال البخاري : وحديث أنس أسند وحديث جرهد أحوط وقد قال بعضهم العورة الدبر والفرج والفخذ.

(وأما المسئلة الثالثة) وهي حد العورة في المرأة فاكثر العلماء على ان بدنها كله عورة ماخلا الوجه والكفين، وذهب أبو حنيفة الى ان قدمها ليست بعورة، وذهب ابو بكر بن عبد

الرحمن وأحمد الى ان المرأة كلها عورة * وسبب الخلاف في ذلك احتمال قوله تعالى (ولا يبدين زينتهن الا ما ظهر منها) هل هذا المستثنى المقصود منه أعضاء محدودة أم انما المقصود به ما لا يملك ظهوره فمن ذهب الى أن المقصود من ذلك ما لا يملك ظهوره عند الحركة قال بدنها كله عورة حتى ظهرها واحتج لذلك بعموم قوله تعالى (يا أيها النبي قل لأزواجك وبناتك ونساء المؤمنين) الآية ومن رأى ان المقصود من ذلك ما جرت به العادة بانه لا يستر وهو الوجه والكفان ذهب الى انهما ليسا بعورة واحتج لذلك بان المرأة ليس تستر وجهها في الحج .

﴿ الفصل الثاني من الباب الرابع فيما يجزيء من اللباس في الصلاة ﴾

أما اللباس فالاصل فيه قوله تعالى (خذوا زينتكم عند كل مسجد) والنهي الوارد عن هيئات بعض الملابس في الصلاة ، وذلك انهم اتفقوا فيما أحسب على أن الهيئات من اللباس التي نهي عن الصلاة فيها مثل اشتمال الصماء وهو أن يجتبي الرجل في ثوب واحد ليس على عاتقه منه شيء وان يجتبي الرجل في ثوب واحد ليس على فرجه منه شيء وسائر ما ورد من ذلك ان ذلك كله سد ذريعة ألا تنكشف عورته ولا أعلم ان أحدا قال لا تجوز صلاة على احدى هذه الهيئات ان لم تنكشف عورته وقد كان على أصول أهل الظاهر يجب ذلك واتفقوا على أنه يجزيء الرجل من اللباس في الصلاة الثوب الواحد لقول النبي صلى الله عليه وسلم وقد سئل أيصلي الرجل في الثوب الواحد فقال : أو لكلكم ثوبان . واختلفوا في الرجل يصلي مكشوف الظهر والبطن فالجمهور على جواز صلاته لكون الظهر والبطن من الرجل ليس بعورة وشذ قوم فقالوا لا تجوز صلاته لنهيه صلى الله عليه وسلم ان يصلي الرجل في الثوب الواحد ليس على عاتقه منه شيء وتمسك بوجوب قوله تعالى (خذوا زينتكم عند كل مسجد) واتفق الجمهور على ان اللباس المجزئ للمرأة في الصلاة هو درع وخمار لما روى عن أم سلمة انها سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم ماذا تصلي فيه المرأة فقال : في الخمار والدرع السابغ اذا غيبت ظهور قدميها ولما روى أيضا عن عائشة عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال : لا يقبل الله صلاة حائض الا بخمار وهو مروى عن عائشة وميمونة وام سلمة انهم كانوا يفتون بذلك وكل هؤلاء يقولون انها ان صلت مكشوفة أعادت في الوقت وبعده الا مالكا فانه قال انها تعيد في الوقت فقط والجمهور على ان الخادم لها ان تصلي مكشوفة الرأس والقدمين وكان الحسن البصري يوجب عليها الخمار واستحبه عطاء * وسبب الخلاف الخطاب المتوجه الى الجنس الواحد هل يتناول الاحرار والعبيد معا أم الاحرار فقط دون العبيد . واختلفوا في صلاة الرجل في ثوب الحرير فقال قوم تجوز صلاته فيه وقال قوم

لاتجوز.وقوم استحبوا له الاعادة في الوقت ✡ وسبب اختلافهم فى ذلك هل الشيء المنهي عنه مطلقا اجتنابه شرط في صحة الصلاة أم لا فمن ذهب الى انه شرط قال ان الصلاة لاتجوز به،ومن ذهب الى انه يكون بلباسه مأثوماً والصلاة جائزة قال ليس شرطا في صحة الصلاة كالطهارة التي هي شرط . وهذه المسئلة هي من نوع الصلاة في الدار المغصوبة والخلاف فيها مشهور .

﴿ الباب الخامس ﴾

وأما الطهارة من النجس فمن قال انها سنة مؤكدة فيبعد أن يقول انهافرض فى الصلاة أى من شروط صحتها ، وأما من قال أنها فرض باطلاق فيجوز ان يقول انها فرض في الصلاة ويجوز أن لايقول ذلك.وحكى عبد الوهاب عن المذهب في ذلك قولين ؛ أحدهما أن ازالة النجاسة شرط فى صحة الصلاة فى حال القدرة والذكر ، والقول الآخر انها ليست شرطا والذى حكاه من انها شرط لايتخرج على مشهور المذهب من أن غسل النجاسة سنة مؤكدة وانما يتخرج على القول بانها فرض مع الذكر والقدرة وقد مضت هذه المسئلة في كتاب الطهارة وعرف هنالك أسباب الخلاف فيها وانما الذى يتعلق به ههنا الكلام من ذلك هل ماهو فرض مطلق مما يقع في الصلاة يجب أن يكون فرضافي الصلاة أم لا والحق أن الشيء المأمور به على الاطلاق لايجب أن يكون شرطا في صحة شيء ما الابأمر آخر .

﴿ الباب السادس ﴾

وأما المواضع التى يصلى فيها فان من الناس من أجاز الصلاة في كل موضع لاتكون فيه نجاسة ومنهم من استثنى من ذلك سبعة مواضع المزبلة والمجزرة والمقبرة وقارعة الطريق والحمام ومعاطن الابل وفوق ظهر بيت الله.ومنهم من استثنى من ذلك المقبرة فقط ، ومنهم من استثنى المقبرة والحمام،ومنهم من كره الصلاة في هذه المواضع المنهي عنها ولم يبطلها وهو أحد ماروى عن مالك وقد روى عنه الجواز وهذه رواية ابن القاسم ✡ وسبب اختلافهم تعارض ظواهر الآثار فى هذا الباب وذلك ان ههنا حديثين متفق على صحتهما وحديثين مختلف فيهما . فاما المتفق عليهما فقوله عليه الصلاة والسلام : أعطيت خمساً لم يعطهن أحد قبلي وذكر فيها وجعلت لى الارض مسجدا وطهورا فاين ماأدركتنى الصلاة صليت وقوله عليه الصلاة والسلام : اجعلوا من صلاتكم في بيوتكم

ولاتتخذوها قبورا . وأماالغير المتفق عليهمافأحدهما ماروى انه عليه الصلاة والسلام نهى أن يصلى في سبعة مواطن في المزبلة والمجزرة والمقبرة وقارعة الطريق وفي الحمام وفي معاطن الابل وفوق ظهر بيت الله خرجه الترمذى ، والثانى ماروى أنه قال عليه الصلاة والسلام صلوا فى مرابض الغنم ولا تصلوا في أعطان الابل فذهب النـاس في هذه الاحاديث ثلاثة مذاهب ؛ أحدها مذهب الترجيح والنسـخ ؛ والثانى مذهب البناء أعنى بناء الخاص على العام ، والثالث مذهب الجمع . فاما من ذهب مذهب الترجيح والنسخ فأخذ بالحديث المشهور وهو قوله عليه الصلاة والسلام : جعلت لى الارض مسجداً وطهورا وقال هذا ناسخ لغيره لان هذه هي فضائل له عليه الصلاة والسلام وذلك مما لايجوز نسخه . وأما من ذهب مذهب بناء الخاص على العام فقال حديث الاباحـة عام وحـديث النهي خاص فيجب أن يبنى الخاص على العام فمن هؤلاء من استثنى السبعة مواضع،ومنهم من استثنى الحمام والمقبرة وقال هذا هو الثابت عنـه عليه الصلاة والسلام لانه قد روى أيضاً النهى عنهما مفردين،ومنهم من استثنى المقبرة فقط للحديث المتقدم . وأما من ذهب مذهب الجمع ولم يستثن خاصا من عام فقال أحاديث النهى محمولة على الكراهة والاول على الجواز ، واختلفوافي الصلاة في البيع والكنائس فكرهها قوم وأجازها قوم وفرق قوم بين أن يكون فيهاصور أولايكون وهو مذهب ابن عباس لقول عمر لاتدخل كنائسهم من أجل التماثيل والعلة فيمن كرهها لامن أجل التصاوير حملها على النجاسة . واتفقوا على الصلاة على الارض،واختلفوا في الصلاة على الطنافس وغير ذلك مما يقعد عليه على الارض والجمهور على اباحة السجود على الحصير وما يشبهه مما تنبته الارض والكراهية بعد ذلك وهو مذهب مالك بن أنس(١)

الباب السابع

وأما التروك المشترطة في الصلاة فاتفق المسلمون على أن منها قولا ومنها فعلا . فاما الافعال فجميع الافعال المباحة التى ليست من أفعال الصلاة الا قتل العقرب والحية في الصلاة فانهم اختلفوا في ذلك لمعارضة الاثر في ذلك القياس واتفقوا فيما أحسب على جواز الفعل الخفيف . وأما الاقوال فهى أيضا الاقوال التى ليست من أقاويل الصلاة . وهذه أيضا لم يختلفوا انها تفسد الصلاة عمدا لقوله تعالى (وقوموا لله قانتين) ولما ورد من قوله عليه الصلاة والسـلام : ان الله يحدث من أمره ما يشاء ومما أحدث ألا تكلموا في الصلاة وهو حديث ابن مسعود وحديث زيد بن أرقم انه قال : كنا

---

(١) لايخفى مافى هذه العبارة فتدبر

نتكلم في الصلاة حتى نزلت (وقوموا لله قانتين) فأمرنا بالسكوت ونهينا عن الكلام وحديث معاوية بن الحكم السلمي سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: إن صلاتنا لا يصلح فيها شيء من كلام الناس إنما هو التسبيح والتهليل والتحميد وقراءة القرآن الا أنهم اختلفوا من ذلك في موضعين ، أحدهما اذا تكلم ساهيا والآخر اذا تكلم عامدا لاصلاح الصلاة وشذ الاوزاعي فقال من تكلم في الصلاة لاحياء نفس أو لامر كبير فانه يبنى والمشهور من مذهب مالك أن التكلم عمداً على جهة الاصلاح لا يفسدها . و قال الشافعي يفسدها التكلم كيف كان الا مع النسيان . وقال أبو حنيفة يفسدها التكلم كيف كان والسبب في اختلافهم تعارض ظواهر الاحاديث في ذلك وذلك أن الاحاديث المتقدمة تقتضي تحريم الكلام على العموم وحديث أبي هريرة المشهور أن رسول الله صلى الله عليه وسلم انصرف من اثنتين فقال له ذو اليدين أقصرت الصلاة أم نسيت يارسول الله فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أصدق ذو اليدين فقالوا نعم فقام رسول الله صلى الله عليه وسلم فصلى ركعتين أخريين ثم سلم ظاهره أن النبي صلى الله عليه وسلم تكلم والناس معه وانهم بنوا بعد التكلم ولم يقطع ذلك التكلم صلاتهم فمن أخذ بهذا الظاهر ورأى ان هذا شيء يخص الكلام لاصلاح الصلاة استثنى هذا من ذلك العموم وهو مذهب مالك بن أنس . ومن ذهب الى أنه ليس في الحديث دليل على انهم تكلموا عمدا في الصلاة وانما يظهر منهم انهم تكلموا وهم يظنون أن الصلاة قد قصرت وتكلم النبي عليه الصلاة والسلام وهو يظن أن الصلاة قد تمت ولم يصح عنده أن الناس قد تكلموا بعد قول رسول الله صلى الله عليه وسلم ماقصرت الصلاة وما نسيت قال ان المفهوم من الحديث انما هو اجازة الكلام لغير العامل فاذا السبب في اختلاف مالك والشافعي في المستثنى من ذلك العموم هو اختلافهم في مفهوم هذا الحديث مع أن الشافعي اعتمد أيضا في ذلك أصلا عاما وهو قوله عليه الصلاة والسلام : رفع عن أمتي الخطأ والنسيان . وأما أبو حنيفة فحمل أحاديث النهي على عمومها ورأى أنها ناسخة لحديث ذي اليدين وانه متقدم عليها .

﴿ الباب الثامن ﴾

وأما النية فاتفق العلماء على كونها شرطا في صحة الصلاة لكون الصلاة هي رأس العبادات التي وردت في الشرع لغير مصلحة معقولة اعني من المصالح المحسوسة . واختلفوا هل من شرط نية المأموم ان توافق نية الامام في تعيين الصلاة وفي الوجوب حتى لا يجوز ان يصلي المأموم ظهرا بامام يصلي عصرا ولا يجوز ان يصلي الامام ظهرا يكون في حقه نفلا وفي حق المأموم فرضا فذهب مالك وابو حنيفة الى انه يجب ان يوافق نية المأموم نية الامام . وذهب الشافعي الى انه

ليس يجب * والسبب في اختلافهم معارضة مفهوم قوله عليه الصلاة والسلام: انما جعل الامام ليؤتم به لما جاء في حديث معاذ من انه كان يصلي مع النبي عليه الصلاة والسلام ثم يصلي بقومه فمن رأى ذلك خاصا لمعاذ وان عموم قوله عليه الصلاة والسلام: انما جعل الامام ليؤتم به يتناول النية اشترط موافقة نية الامام المأموم ومن رأى أن الاباحة لمعاذ في ذلك هي اباحة لغيره من سائر المكلفين وهو الاصل قال لايخلو الامر في ذلك الحديث الثاني من أحد أمرين اما ان يكون ذلك العموم الذي فيه لايتناول النية لان ظاهره انما هو في الافعال فلا يكون بهذا الوجه معارضا لحديث معاذ واما ان يكون يتناولها فيكون حديث معاذ قد خصص ذلك العموم . وفي النية مسائل ليس لها تعلق بالمنطوق به من الشرع رأينا تركها اذ كان غرضنا على القصد الاول انما هو الكلام في المسائل التي تتعلق بالمنطوق به من الشرع .

(الجملة الثالثة من كتاب الصلاة)

وهو معرفة ماتشتمل عليه من الاقوال والافعال وهي الاركان والصلوات المفروضة تختلف في هذين بالزيادة والنقصان إما من قبل الانفراد والجماعة وإما من قبل الزمان مثل مخالفة ظهر الجمعة لظهر سائر الايام. وإما من قبل الحضر والسفر. وإما من قبل الأمن والخوف. وإما من قبل الصحة والمرض فاذا أريد ان يكون القول في هذه صناعيا وجاريا على نظام فيجب ان يقال أولا فيما تشترك فيه هذه كلها ثم يقال فيما يخص واحدة واحدة منها أو يقال في واحدة واحدة منها وهو الاسهل وان كان هذا النوع من التعليم يعرض منه تكرار ما وهو الذي سلكه الفقهاء ونحن نتبعهم في ذلك فنجعل هذه الجملة منقسمة الى ستة أبواب : الباب الاول في صلاة المنفرد الحاضر الامن الصحيح ؛ الباب الثاني في صلاة الجماعة أعني في أحكام الامام والمأموم في الصلاة . الباب الثالث في صلاة الجمعة . الباب الرابع في صلاة السفر . الباب الخامس في صلاة الخوف ، الباب السادس في صلاة المريض

الباب الاول

وهذا الباب فيه فصلان. الفصل الاول في أقوال الصلاة والفصل الثاني في أفعال الصلاة .

الفصل الاول

وفي هذا الفصل من قواعد المسائل تسع مسائل .

(المسألة الاولى) اختلف العلماء في التكبير على ثلاثة مذاهب فقوم قالوا أن التكبير كله واجب في الصلاة وقوم قالوا انه كله ليس بواجب وهو شاذ وقوم أوجبوا تكبيرة الاحرام فقط وهم الجمهور * وسبب اختلاف من أوجبه كله ومن أوجب منه تكبيرة الاحرام فقط معارضة مانقل من قوله لما نقل من فعله عليه الصلاة والسلام. فامامانقل من قوله فحديث أبي هريرة المشهور أن النبي عليه الصلاة والسلام قال للرجل الذي علمه الصلاة اذا أردت الصلاة فاسبغ الوضوء ثم استقبل القبلة ثم كبر ثم اقرأ فمفهوم هذا هو ان التكبيرة الاولى هي الفرض فقط ولو كان ماعدا ذلك من التكبير فرضا لذكره له كما ذكر سائر فروض الصلاة، وأما مانقل من فعله فمنها حديث أبي هريرة أنه كان يصلي فيكبر كلما خفض ورفع ثم يقول اني لاشبهكم صلاة بصلاة رسول الله صلى الله عليه وسلم • ومنها حديث مطرف بن عبد الله بن الشحير قال: صليت أنا وعمران بن الحصين خلف علي بن أبي طالب رضي الله عنه فكان اذا سجد كبر واذا رفع رأسه من الركوع كبر فلما قضى صلاته وانصرفنا اخذ عمران بيده فقال أذكرني هذا صلاة محمد صلى الله عليه وسلم فالقائلون بايجابه تمسكوا بهذا العمل المنقول في هذه الاحاديث وقالوا الاصل ان تكون كل أفعاله التي أتت بيانا لواجب محمولة على الوجوب كما قال صلى الله عليه وسلم: صلوا كما رأيتموني أصلي وخذوا عني مناسككم وقالت الفرقة الاولى ما في هذه الآثار يدل على أن العمل عند الصحابة انما كان على اتمام التكبير ولذلك كان أبوهريرة يقول اني لاشبهكم بصلاة رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال عمران أذكرني هذا بصلاته صلاة محمد صلى الله عليه وسلم. وأمامن جعل التكبير كله نفلا فضعيف ولعله قاسه على سائر الاذكار التي في الصلاة مما ليست بواجب اذ قاس تكبيرة الاحرام على سائر التكبيرات، قال ابو عمر بن عبد البر ومما يؤيد مذهب الجمهور ما رواه شعبة بن الحجاج عن الحسن بن عمران عن عبد الله بن عبدالرحمن ابن ابزى عن أبيه قال: صليت مع النبي صلى الله عليه وسلم فلم يتم التكبير وصليت مع عمر بن عبد العزيز فلم يتم التكبير وما رواه أحمد بن حنبل عن عمر رضي الله عنه انه كان لا يكبر اذا صلى وحده وكأن هؤلاء رأوا ان التكبير انما هو لمكان اشعار الامام للمأمومين بقيامه وقعوده ويشبه ان يكون الى هذا ذهب من رآه كله نفلا.

(المسئلة الثانية) قال مالك لا يجزى من لفظ التكبير الا الله اكبر وقال الشافعي الله اكبر والله الاكبر اللفظان كلاهما يجزىء، وقال ابوحنيفة يجزى ممن لفظ التكبير كل لفظ في معناه مثل الله الاعظم والله الاجل * وسبب اختلافهم هل اللفظ هو المتعبد به في الافتتاح

والمعنى وقد استدل المالكيون والشافعيون بقوله عليه الصلاة والسلام : مفتاح الصلاة الطهور وتحريمها التكبير وتحليلها التسليم قالوا الالف واللام ههنا للحصر والحصر يدل على ان الحكم خاص بالمنطوق به وأنه لايجوز لغيره وليس يوافقهم أبوحنيفة على هذا الاصل فان هذا المفهوم هو عنده من باب دليل الخطاب وهو أن يحكم للمسكوت عنه بضد حكم المنطوق به ودليل الخطاب عند أبي حنيفة غير معمول به

(المسألة الثالثة) ذهب قوم الى أن التوجيه في الصلاة واجب وهو ان يقول بعد التكبير إما وجهت وجهي للذى فطر السموات والارض وهو مذهب الشافعي واما أن يسبح وهو مذهب ابي حنيفة واما أن يجمع بينهما وهو مذهب أبي يوسف صاحبه ، وقال مالك ليس التوجيه بواجب في الصلاة ولا بسنة ✩ وسبب الاختلاف معارضة الآثار الواردة بالتوجيه للعمل عند مالك أو الاختلاف في صحة الآثار الواردة بذلك (قال القاضي) قد ثبت في الصحيحين عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يسكت بين التكبير والقراءة اسكاتة قال فقلت يارسول الله بأبي أنت وأمي اسكاتك بين التكبير والقراءة ماتقول قال : اقول : اللهم باعد بيني وبين خطاياى كما باعدت بين المشرق والمغرب اللهم نقني من الخطايا كما ينقى الثوب الابيض من الدنس اللهم اغسل خطاياى بالماء والثلج والبرد وقد ذهب قوم الى استحسان سكتات كثيرة في الصلاة منها حين يكبر وحين يفرغ من قراءة أم القرآن واذا فرغ من القراءة قبل الركوع وممن قال بهذا القول الشافعي وأبو ثور والاوزاعي وانكر ذلك مالك وأصحابه وأبوحنيفة وأصحابه ✩ وسبب اختلافهم اختلافهم في تصحيح حديث ابي هريرة انه قال كانت له عليه الصلاة والسلام سكتات في صلاته حين يكبر ويفتتح الصلاة وحين يقرأ فاتحة الكتاب واذا فرغ من القراءة قبل الركوع.

(المسألة الرابعة) اختلفوا في قراءة بسم الله الرحمن الرحيم في افتتاح القراءة في الصلاة فمنع ذلك مالك في الصلاة المكتوبة جهراً كانت أو سرا لا في استفتاح أم القرآن ولا في غيرها من السور وأجاز ذلك في النافلة. وقال أبو حنيفة والثورى يقرؤها مع أم القرآن في كل ركعة سراً. وقال الشافعي يقرؤها ولا بد في الجهر جهرا وفي السر سراً وهي عنده آية من فاتحة الكتاب وبه قال أحمد وأبو ثور وأبو عبيد واختلف قول الشافعي هل هي آية من كل سورة أم انما هي آية من سورة النمل فقط ومن فاتحة الكتاب فروى عنه القولان جميعاً ✩ وسبب الخلاف في هذا آيل الى شيئين. أحدهما اختلاف الآثار في هذا الباب. والثاني اختلافهم هل بسم الله الرحمن الرحيم آية من فاتحة الكتاب أم لا. فاما الآثار التي احتج بها من أسقط ذلك فمنها حديث ابن مغفل قال

سمعني أبي وأنا أقرأ بسم الله الرحمن الرحيم فقال يا بني إياك والحدث فإني صليت مع رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبي بكر وعمر فلم أسمع رجلا منهم يقرؤها قال أبو عمر بن عبد البر ابن مغفل رجل مجهول. ومنها ما رواه مالك من حديث أنس أنه قال قمت وراء أبي بكر وعمر وعثمان رضي الله عنهم فكلهم كان لا يقرأ بسم الله إذا افتتحوا الصلاة قال أبو عمر وفي بعض الروايات أنه قام خلف النبي عليه الصلاة والسلام فكان لا يقرأ بسم الله الرحمن الرحيم قال أبو عمر إلا أن أهل الحديث قالوا في حديث أنس هذا أن النقل فيه مضطرب اضطرابا لا تقوم به حجة وذلك أن مرة روى عنه مرفوعا إلى النبي صلى الله عليه وسلم ومرة لم يرفع. ومنهم من يذكر عثمان. ومنهم من لا يذكره. ومنهم من يقول فكانوا يقرؤن بسم الله الرحمن الرحيم ومنهم من يقول فكانوا لا يقرؤن بسم الله الرحمن الرحيم. ومنهم من يقول فكانوا لا يجهرون ببسم الله الرحمن الرحيم وأما الأحاديث المعارضة لهذا فمنها حديث نعيم بن عبد الله المجمر قال: صليت خلف أبي هريرة فقرأ بسم الله الرحمن الرحيم قبل أم القرآن وقبل السورة وكبر في الخفض والرفع وقال أنا أشبهكم بصلاة رسول الله صلى الله عليه وسلم. ومنها حديث ابن عباس أن النبي عليه الصلاة والسلام كان يجهر ببسم الله الرحمن الرحيم. ومنها حديث أم سلمة أنها قالت كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقرأ بسم الله الرحمن الرحيم الحمد لله رب العالمين فاختلاف هذه الآثار أحدها أوجب اختلافهم في قراءة بسم الله الرحمن الرحيم في الصلاة، والسبب الثاني كما قلنا هو هل بسم الله الرحمن الرحيم آية من أم الكتاب وحدها أو من كل سورة أم ليست آية لا من أم الكتاب ولا من كل سورة فمن رأى أنها آية من أم الكتاب أوجب قراءتها بوجوب قراءة أم الكتاب عنده في الصلاة ومن رأى أنها آية من أول كل سورة وجب عنده أن يقرأها مع السورة وهذه المسئلة قد كثر الاختلاف فيها والمسئلة محتملة ولكن من أعجب ما وقع في هذه المسئلة أنهم يقولون ومما اختلف فيه هل بسم الله الرحمن الرحيم آية من القرآن في غير سورة النمل أم إنما هي آية من القرآن في سورة النمل فقط ويحكون على جهة الرد على الشافعي أنها لو كانت من القرآن في غير سورة النمل لبينه رسول الله صلى الله عليه وسلم لأن القرآن نقل تواترا هذا الذي قاله القاضي في الرد على الشافعي وظن أنه قاطع وأما أبو حامد فانتصر لهذا بأن قال أنه أيضاً لو كانت من غير القرآن لوجب على رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يبين ذلك وهذا كله تخبط وشيء غير مفهوم فإنه كيف يجوز في الآية الواحدة بعينها أن يقال فيها أنها من القرآن في موضع وأنها ليست من القرآن في موضع آخر بل يقال أن بسم الله الرحمن الرحيم قد ثبت أنها من القرآن حيثما

ذكرت وانها آية من سورة النمل وهل هي آية من سورة ام القرآن ومن كل سورة يستفتح بها مختلف فيه والمسئلة محتملة وذلك انها في سائر السور فاتحة وهى جزء من سورة النمل فتأمل هذا فانه بين والله اعلم .

(المسئلة الخامسة) اتفق العلماء على انه لا تجوز صلاة بغير قراءة لا عمدا ولا سهوا الا شيئا روى عن عمر رضى الله عنه صلى فنسى القراءة فقيل له فى ذلك فقال كيف كان الركوع والسجود فقيل حسن فقال : لا بأس اذا وهو حديث غريب عندهم ادخله مالك فى موطأه فى بعض الروايات والا شيئا روى عن ابن عباس انه لا يقرأ فى صلاة السر وانه قال قرأ رسول الله صلى الله عليه وسلم فى صلوات وسكت فى اخرى فنقرأ فيها قرأ ونسكت فيها سكت وسئل هل فى الظهر والعصر قراءة فقال لا وأخذ الجمهور بحديث خباب انه صلى الله عليه وسلم كان يقرأ فى الظهر والعصر قيل فبأى شيء كنتم تعرفون ذلك قال باضطراب لحيته وتعلق الكوفيون بحديث ابن عباس فى ترك وجوب القراءة فى الركعتين الأخيرتين من الصلاة لاستواء صلاة الجهر والسر فى سكوت النبى صلى الله عليه وسلم فى هاتين الركعتين * واختلفوا فى القراءة الواجبة فى الصلاة فرأى بعضهم أن الواجب من ذلك أم القرآن لمن حفظها وأن ما عداها ليس فيه توقيت ومن هؤلاء من اوجبها فى كل ركعة ، ومنهم من اوجبها فى أكثر الصلاة ، ومنهم من اوجبها فى نصف الصلاة ، ومنهم من اوجبها فى ركعة من الصلاة وبالاول قال الشافعى وهي اشهر الروايات عن مالك وقد روى عنه انه ان قرأها فى ركعتين من الرباعية اجزأته واما من رأى انها تجزىء فى ركعة فمنهم الحسن البصرى وكثير من فقهاء البصرة . واما أبو حنيفة فالواجب عنده انما هو قراءة القرآن اى آية اتفقت ان تقرأ وحد اصحابه فى ذلك ثلاث آيات قصار أو آية طويلة مثل آية الدين وهذا فى الركعتين الاوليين واما فى الاخيرتين فيستحب عنده التسبيح فيهما دون القراءة وبه قال الكوفيون والجمهور يستحبون القراءة فيها كلها * والسبب فى هذا الاختلاف تعارض الآثار فى هذا الباب ومعارضة ظاهر الكتاب للاثر . أما الآثار المتعارضة فى ذلك فأحدها حديث أبى هريرة الثابت أن رجلا دخل المسجد فصلى ثم جاء فسلم على النبى عليه الصلاة والسلام فرد عليه النبى صلى الله عليه وسلم وقال : ارجع فصل فانك لم تصل فصلى ثم جاء فأمره بالرجوع فعل ذلك ثلاث مرات فقال والذى بعثك بالحق ما أحسن غيره فقال عليه الصلاة والسلام اذا قمت الى الصلاة فأسبغ الوضوء ثم استقبل القبلة فكبر ثم اقرأ ما تيسر معك من القرآن ثم اركع حتى تطمئن راكعا ثم ارفع حتى تعتدل قائما ثم اسجد حتى تطمئن ساجدا ثم ارفع حتى تطمئن جالسا ثم اسجد حتى تطمئن ساجدا ثم ارفع حتى تستوى قائما

ثم افعل ذلك في صلاتك كلها . وأما المعارض لهذا فحديثان ثابتا متفق عليهما ، أحدهما حديث عبادة بن الصامت انه عليه الصلاة والسلام قال : لاصلاة لمن لم يقرأ بفاتحة الكتاب وحديث أبى هريرة أيضا أن رسول الله صلى الله عليــه وسلم قال : من صلى صــلاة لم يقرأ فيهــا بام القرآن فهى خداج فهى خداج فهى خداج ثلاثا وحديث أبى هريرة المتقدم ظاهره انه يجزئ من القراءة فى الصلاة ماتيسر من القرآن وحديث عبادة وحديث أبى هريرة الثاني يقتضيان ان أم القرآن شرط في الصلاة وظاهر قوله تعالى: فاقرؤوا ماتيسر منه يعضد حديث أبى هريرة المتقــدم . والعلماء المختلفون في هذه المسئلة إما أن يكونوا ذهبوا في تأويل هذه الاحاديث مذهب الجمع وإما أن يكونوا ذهبوا مذهب الترجيح وعلى كلا القولين يتصور هذا المعنى وذلك انه من ذهب مذهب من أوجب قراءة ما تيسر من القــرآن له ان يقول هذا أرجح لان ظاهر الكتاب يوافقه وله ان يقول على طريق الجمع انه يمكن أن يكون حديث عبادة المقصود به نفى الكمال لانفى الاجزاء وحديث أبى هريرة المقصود منــه الاعلام بالمجزىء من القراءة اذا كان المقصود منه تعليم فرائض الصــلاة ولاؤلئك أيضا ان يذهبوا هذين المذهبين بأن يقولوا هذه الاحاديث أوضح لانها أكثر وأيضا فان حديث أبى هريرة المشهور يعضده وهو الحديث الذى فيه يقول الله تعالى : قسمت الصلاة بينى وبين عبدى نصفين نصفها لى ونصفها لعبدى ولعبدى ما سأل يقول العبد الحمدلله رب العالمين يقول الله حمدنى عبدى الحديث ولهم ان يقولوا أيضا ان قوله عليه الصلاة والسلام : ثم اقرأ ما تيسر معك من القرآن مبهم والاحاديث الاخر معينة والمعين يقضى على المبهم وهذا فيه عسر فان معنى حرف ما ههنا انما هو معنى أى شىء تيسر وانما يسوغ هذا ان دلت مافي كلام العرب على ماتدل عليه لام العهدفكان يكون تقدير الكلام اقرأ الذى تيسرمعك من القرآن ويكون المفهوم منه أم الكتاب اذكانت الالف واللام فى الظاهر تدل على العهد فينبغى أن يتأمل هذا فى كلام العرب فان وجدت العرب تفعل هذا أعنى تجوز فى موطن ما فتدل بمــا على شىء معين فليسغ هذا التأويل وإلا فلا وجه له فالمسئلة كما ترى محتملة وانما كان يرتفع الاحتمال لو ثبت النسخ وأما اختلاف من أوجب أم الكتاب في الصلاة فى كل ركعة أو فى بعض الصلاة فسببه احتمال عودة الضمير الذى فى قوله عليه الصلاة والسلام : لم يقرأ فيها بأم القرآن على كل أجزاء الصلاة أو على بعضها وذلك ان من قرأ في الكل منها أو في الجزء أعنى فى ركعة أو ركعتين لم يدخل تحت قوله عليه الصلاة والسلام لم يقرأ فيها وهذا الاحتمال بعينه هو الذى أصار أبا حنيفة الى أن يترك القراءة أيضا فى بعض الصلاة أعنى فى

الركعتين الاخيرتين، واختار مالك ان يقرأ فى الركعتين الاولين من الرباعية بالحمـد وسورة وفى الاخيرتين بالحمد فقط،واختار الشافعى ان يقرأ فى الاربع من الظهر بالحمد وسورة الا أن السورة التى تقرأ فى الاولين تكون اطول فذهب مالك الى حديث أبى قتادة الثابت انه عليه الصلاة والسلام كان يقرأ فى الاولين من الظهر والعصر بفاتحة الكتاب وسورة وفي الأخريين منها بفاتحة الكتاب فقط وذهب الشافعى الى ظاهر حديث أبى سعيد الثابت أيضاً انه كان يقرأ في الركعتين الاولين من الظهر قدر ثلاثين آية وفي الاخريين قدرخمس عشرة آية ولم يختلفوا فيالعصر لاتفاق الحديثين فيها وذلك ان في حديث أبى سعيد هذا أنه كان يقرأ في الاولين من العصر قدر خمس عشرة آية وفي الأخريين قدر النصف من ذلك .

(المسئلة السادسة) انفق الجمهور على منع قراءة القرآن فى الركوع والسجود لحديث علي في ذلك قال نهانى جبريل صلى الله عليه وسلم ان اقرأ القرآن راكعا وساجدا قال الطبرى وهو حديث صحيح وبه أخذ فقهاء الامصار وصار قوم من التابعين الى جواز ذلك وهو مذهب البخارى لانه لم يصح الحديث عنده والله أعلم . واختلفوا هل في الركوع والسجود قول محدود يقوله المصلى أم لا فقال مالك ليس في ذلك قول محدود وذهب الشافعى وأبو حنيفة وأحمد وجماعة غيرهم الى ان المصلى يقول فى ركوعه سبحان ربى العظيم ثلاثا وفي السجود سبحان ربى الاعلى ثلاثا على ما جاء في حديث عقبة بن عامر وقال الثورى أحب الى أن يقولها الامام خمساً في صلاته حتى يدرك الذى خلفه ثلاث تسبيحات * والسبب في هذا الاختلاف معارضة حديث ابن عباس في هذا الباب لحديث عقبة بن عامر وذلك ان في حديث ابن عباس انه عليه الصلاة والسلام قال : ألا وإنى نهيت ان اقرأ القرآن راكعاً أو ساجداً فاما الركوع فعظموا فيه الرب وأما السجود فاجتهـدوا فيه في الدعاء فقمن أن يستجاب لكم وفي حديث عقبة بن عامر انه قال لما نزلت فسبح باسم ربك العظيم قال لنا رسول الله صلى الله عليه وسلم : اجعلوها في ركوعكم ولما نزلت سـبح اسم ربك الأعلى قال اجعلوها في سجودكم وكذلك اختلفوا في الدعاء في الركوع بعد اتفاقهم على جواز الثناء على الله فـكره ذلك مالك لحديث على انه قال عليه الصـلاة والسلام : أما الركوع فعظموا فيه الرب وأما السجود فاجتهدوا فيه في الدعاء وقالت طائفة يجوز الدعاء في الركوع واحتجوا باحاديث جاء فيها انه عليه الصلاة والسلام دعا في الركوع وهو مذهب البخارى واحتج بحديث عائشة قالت كان النبى عليه الصلاة والسلام يقول في ركوعه وسجوده : سبحانك اللهم ربنا وبحمـدك اللهم اغفرلي . وأبو حنيفة لا يجيز الدعاء في

الصلاة بغير ألفاظ القرآن، ومالك والشافعي يجيزان ذلك والسبب في ذلك اختلافهم فيه هل هو كلام أم لا .

(المسئلة السابعة) اختلفوا في وجوب التشهد وفي المختار منه فذهب مالك وأبو حنيفة وجماعة الى ان التشهد ليس بواجب، وذهبت طائفة الى وجوبه وبه قال الشافعي وأحمد وداود * وسبب اختلافهم معارضة القياس لظاهر الاثر وذلك أن القياس يقتضى الحاقه بسائر الاركان التى ليست بواجبة في الصلاة لاتفاقهم على وجوب القرآن وأن التشهد ليس بقرآن فيجب وحديث ابن عباس انه قال : كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يعلمنا التشهد كما يعلمنا السورة من القرآن يقتضى وجوبه مع أن الاصل عند هؤلاء ان أفعاله وأقواله في الصلاة يجب ان تكون محمولة على الوجوب حتى يدل الدليل على خلاف ذلك والأصل عند غيرهم على خلاف هذا وهو ان ما ثبت وجوبه في الصلاة مما اتفق عليه أو صرح بوجوبه فلا يجب ان يلحق به الا ما صرح به ونص عليه فهما كما ترى أصلان متعارضان . وأما المختار من التشهد فان مالكا رحمه الله اختار تشهد عمر رضى الله عنه الذى كان يعلم الناس على المنبر وهو التحيات لله الزكيات لله الطيبات الصلوات لله السلام عليك أيها النبي ورحمة الله تعالى وبركاته السلام علينا وعلى عباد الله الصالحين أشهد أن لا إله الا الله وحده لا شريك له وأشهد ان محمداً عبده ورسوله واختار اهل الكوفة أبو حنيفة وغيره تشهد عبدالله بن مسعود قال ابو عمر وبه قال احمد واكثر أهل الحديث لثبوت نقله عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو التحيات لله والصلوات والطيبات السلام عليك أيها النبي ورحمة الله وبركاته السلام علينا وعلى عباد الله الصالحين أشهد ان لا اله الا الله وأشهد ان محمداً عبده ورسوله واختار الشافعي وأصحابه تشهد عبد الله ابن عباس الذى رواه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال . كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يعلمنا التشهد كما يعلمنا السورة من القرآن فكان يقول التحيات المباركات الصلوات الطيبات لله سلام عليك أيها النبي ورحمة الله وبركاته سلام علينا وعلى عباد الله الصالحين أشهد ان لا اله الا الله وأن محمدا رسول الله وسبب اختلافهم اختلاف ظنونهم في الارجح منها فمن غلب على ظنه رجحان حديث ما من هذه الاحاديث الثلاثة مال اليه وقد ذهب كثير من الفقهاء الى أن هذا كله على التخيير كالاذان والتكبير على الجنائز وفي العيدين وفى غير ذلك مما تواتر نقله وهو الصواب والله أعلم . وقد اشترط الشافعي الصلاة على النبي صلى الله عليه وسلم في التشهد وقال انها فرض لقوله تعالى (يا أيها الذين آمنوا صلوا عليه وسلموا تسليما) ذهب الى ان هذا التسليم هو التسليم من الصلاة وذهب الجمهور الى انه التسليم الذى يؤتى به عقب

الصلاة عليه . وذهب قوم من أهل الظاهر الى انه واجب ان يتعوذ المتشهد من الاربع التى جاءت فى الحديث من عذاب القبر ومن عـذاب جهنم ومن فتنة المسيح الدجال ومن فتنة المحيا والممات لانه ثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يتعوذ منها في آخر تشهده وفي بعض طرقه اذا فرغ أحدكم من التشهد الاخير فليتعوذ من أربع الحديث خرجه مسلم .

(المسئلة الثامنة) اختلفوا في التسليم من الصلاة فقال الجمهور بوجوبه وقال أبو حنيفة وأصحابه ليس بواجب والذين أوجبوه منهم من قال الواجب على المنفرد والامام تسليمة واحدة ومنهم من قال اثنتان. فذهب الجمهور مذهب ظاهر حديث علي وهو قوله عليه الصلاة والسلام فيه ، وتحليلها التسليم، ومن ذهب الى أن الواجب من ذلك تسليمتان فلما ثبت من أنه عليه الصلاة والسلام كان يسلم تسليمتين وذلك عند من حمل فعله على الوجوب، واختار مالك للمأموم تسليمتين وللامام واحدة وقد قيل عنه أن المأموم يسلم ثلاثا الواحدة للتحليل والثانيـة للامام والثالثة لمن هو عن يساره وأما أبو حنيفة فذهب الى مارواه عبد الرحمن بن زياد الافريقى أن عبـد الرحمن بن رافع وبكر بن سوادة حدثاه عن عبد الله بن عمرو بن العاصى قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : اذا جلس الرجل في آخر صلاته فأحدث قبل أن يسلم فقد تمت صلاته قال ابو عمر بن عبد البر وحديث علي المتقدم أثبت عند اهل النقل لان حديث عبد الله بن عمرو بن العاصى انفرد به الافريقي وهو عند اهل النقل ضعيف (قال القاضي) ان كان اثبت من طريق النقل فانه محتمل من طريق اللفظ وذلك انه ليس يدل على ان الخروج من الصلاة لايكون بغير التسليم الا بضرب من دليل الخطاب وهو مفهوم ضعيف عند الاكثر ولكن للجمهور أن يقولوا أن الالف واللام التى للحصر أقوى من دليل الخطاب في كون حكم المسكوت عنه بضد حكم المنطوق به .

(المسئلة التاسعة) اختلفوا في القنوت فذهب مالك الى أن القنوت فى صلاة الصبح مستحب، وذهب الشافعي الى أنه سنة، وذهب أبو حنيفة الى أنه لايجوز القنوت في صلاة الصبح وإن القنوت انما موضعه الوتر، وقال قوم بل يقنت في كل صلاة وقال قوم لاقنوت الا في رمضان، وقال قوم بل في النصف الاخير منه، وقال قوم بل في النصف الاول * والسبب في ذلك اختلاف الآثار المنقولة فى ذلك عن النبي صلى الله عليه وسلم وقياس بعض الصلوات فى ذلك على بعض أعنى التى قنت فيها على التى لم يقنت فيها قال أبو عمر بن عبد البر والقنوت بلعن الكفرة في رمضان مستفيض في الصدر الاول اقتداء برسول الله صلى الله عليه وسلم في دعائه على رعل وذ كوان

والنفر الذين قتلوا أصحاب بئر معونة وقال الليث بن سعد ماقنت منذ أربعين عاما أو خمسة وأربعين عاما الاوراء امام يقنت قال الليث وأخذت في ذلك بالحديث الذى جاء عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قنت شهراً أو أربعين يدعو لقوم ويدعوا على آخرين حتى أنزل الله تبارك وتعالى عليه معاتبا (ليس لك من الأمر شيء أويتوب عليهم أويعذبهم فانهم ظالمون) فترك رسول الله صلى الله عليه وسلم القنوت فما قنت بعدها حتى لقى الله قال فمذ حملت هذا الحديث لم أقنت وهومذهب يحيى بن يحيى (قال القاضى) ولقد حدثنى الاشياخ انه كان العمل عليه بمسجده عندنا بقرطبة وانه استمر الى زماننا أوقريب من زماننا. وخرج مسلم عن أبى هريرة أن النبي عليه الصلاة والسلام قنت في صلاة الصبح ثم بلغنا انه ترك ذلك لما نزلت (ليس لك من الأمر شيء أو يتوب عليهم) وخرج عن أبى هريرة أنه قنت في الظهر والعشاء الاخيرة وصلاة الصبح وخرج عنه عليه الصلاة والسلام أنه قنت شهراً في صلاة الصبح يدعو على بنى عصية ☆ واختلفوا فيما يقنت به فاستحب مالك القنوت باللهم انا نستعينك ونستغفرك ونستهديك ونؤمن بك ونخنع لك ونخلع ونترك من يكفرك اللهم اياك نعبد ولك نصلى ونسجد واليك نسعى ونحفد نرجوا رحمتك ونخاف عذابك ان عذابك بالكافرين ملحق ويسميها أهل العراق السورتين ويروى أنها في مصحف أبى بن كعب . وقال الشافعي واسحاق بل يقنت باللهم اهدنا فيمن هديت وعافنا فيمن عافيت وقنا شر ماقضيت انك تقضى ولا يقضى عليك تباركت ربنا وتعاليت وهذا يرويه الحسن ابن على من طرق ثابتة ان النبي عليه الصلاة والسلام علمه هذا الدعاء يقنت به في الصلاة وقال عبد الله بن داود من لم يقنت بالسورتين فلا يصلى خلفه وقال قوم ليس في القنوت شيء موقوت .

الفصل الثانى

في الأفعال التى هي أركان وفي هذا الفصل من قواعد المسائل ثمانى مسائل .

(المسئلة الاولى) اختلف العلماء في رفع اليدين في الصلاة فى ثلاثة مواضع . أحدها في حكمه ، والثانى في المواضع التى يرفع فيها من الصلاة ، والثالث الى اين ينتهى برفعها . فاما الحكم فذهب الجمهور الى انه سنة في الصلاة،وذهب داود وجماعة من أصحابه الى ان ذلك فرض وهؤلاء انقسموا أقساما فمنهم من أوجب ذلك في تكبيرة الاحرام فقط،ومنهم من أوجب ذلك في الاستفتاح وعند الركوع أعنى عند

الانحطاط فيه وعند الارتفاع منه، ومنهم من أوجب ذلك فى هذين الموضعين وعند السجود وذلك بحسب اختلافهم في المواضع التى يرفع فيها * وسبب اختلافهم معارضة ظاهر حديث أبى هريرة الذى فيه تعليم فرائض الصلاة لفعله عليه الصلاة والسلام وذلك ان حديث أبى هريرة انما فيه انه قال له وكبر ولم يأمره برفع يديه وثبت عنه عليه الصلاة والسلام من حديث ابن عمر وغيره انه كان يرفع يديه اذا افتتح الصلاة وأما اختلافهم في المواضع التى ترفع فيها فذهب أهل الكوفة أبو حنيفة وسفيان الثورى وسائر فقهائهم الى انه لا يرفع المصلى يديه الا عند تكبيرة الاحرام فقط وهي رواية ابن القاسم عن مالك، وذهب الشافعى وأحمد وأبو عبيد وأبو ثور وجمهور أهل الحديث وأهل الظاهر الى الرفع عند تكبيرة الاحرام وعند الركوع وعند الرفع من الركوع وهو مروى عن مالك الا انه عند أولئك فرض وعند مالك سنة، وذهب بعض أهل الحديث الى رفعهما عند السجود وعند الرفع منه * والسبب في هذا الاختلاف كله اختلاف الآثار الواردة في ذلك ومخالفة العمل بالمدينة لبعضها وذلك ان في ذلك أحاديث، أحدها حديث عبد الله بن مسعود وحديث البراء ابن عازب أنه: كان عليه الصلاة والسلام يرفع يديه عند الاحرام مرة واحدة لا يزيد عليها، والحديث الثانى حديث سالم بن عبد الله بن عمر عن أبيه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم: كان اذا افتتح الصلاة رفع يديه حذو منكبيه واذا رفع رأسه من الركوع رفعهما أيضاً كذلك وقال سمع الله لمن حمده ربنا ولك الحمد وكان لا يفعل ذلك في السجود وهو حديث متفق على صحته وزعموا انه روى ذلك عن النبى صلى الله عليه وسلم ثلاثة عشر رجلا من أصحابه، والحديث الثالث حديث وائل بن حجر وفيه زيادة على ما في حديث عبد الله بن عمر أنه كان يرفع يديه عند السجود فمن حمل الرفع ههنا على أنه ندب أو فريضة فمنهم من اقتصر به على الاحرام فقط ترجيحا لحديث عبد الله بن مسعود وحديث البراء بن عازب وهو مذهب مالك لموافقة العمل به ومنهم من رجح حديث عبد الله بن عمر فرأى الرفع في الموضعين أعنى في الركوع وفي الافتتاح لشهرته واتفق الجميع عليه ومن كان رأيه من هؤلاء ان الرفع فريضة حمل ذلك على الفريضة ومن كان من رأيه أنه ندب حمل ذلك على الندب، ومنهم من ذهب مذهب الجمع وقال أنه يجب أن تجمع هذه الزيادات بعضها الى بعض على ما في حديث وائل بن حجر فاذا العلماء ذهبوا في هذه الآثار مذهبين اما مذهب الترجيح واما مذهب الجمع * والسبب في اختلافهم في حمل رفع اليدين في الصلاة هل هو على الندب أو على الفرض هو السبب الذى قلناه قبل من ان بعض الناس يرى ان الاصل في أفعاله صلى الله عليه وسلم أن تحمل على الوجوب حتى يدل الدليل على غير ذلك، ومنهم

من يرى أن الاصل ألا يزاد فيما صح بدليل واضح من قول ثابت أو اجماع أنه من فرائض الصلاة الا بدليل واضح وقد تقدم هذا من قولنا ولا معنى لتكرير الشيء الواحد مرات كثيرة ، وأما الحد الذى ترفع اليه اليدان فذهب بعضهم الى أنه المنكبان وبه قال مالك والشافعي وجماعة وذهب بعضهم الى رفعهما الى الاذنين وبه قال أبو حنيفة، وذهب بعضهم الى رفعهما الى الصدر وكل ذلك مروى عن النبي صلى الله عليه وسلم الا أن أثبت ما في ذلك أنه كان يرفعهما حذو منكبيه وعليه الجمهور والرفع الى الاذنين أثبت من الرفع الى الصدر وأشهر .

(المسئلة الثانية) ذهب أبو حنيفة الى أن الاعتدال من الركوع وفي الركوع غير واجب، وقال الشافعي هو واجب، واختلف أصحاب مالك هل ظاهر مذهبه يقتضي أن يكون سنة أو واجبا اذ لم ينقل عنه نص في ذلك * والسبب في اختلافهم هل الواجب الاخذ ببعض ماينطلق عليه الاسم أم بكل ذلك الشيء الذى ينطلق عليه الاسم فمن كان الواجب عنده الاخذ ببعض ماينطلق عليه الاسم لم يشترط الاعتدال في الركوع، ومن كان الواجب عنده الاخذ بالكل اشترط الاعتدال وقد صح عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال في الحديث المتقدم للرجل الذى علمه فروض الصلاة : اركع حتى تطمئن راكعا وارفع حتى تطمئن رافعا فالواجب اعتقاد كونه فرضا وعلى هذا الحديث عول كل من رأى ان الاصل أن لاتحمل أفعاله عليه الصلاة والسلام في سائر أفعال الصلاة مما لم ينص عليها في هذا الحديث على الوجوب حتى يدل الدليل على ذلك ومن قبل هذا لم يروا رفع اليدين فرضا ولاماعدا تكبيرة الاحرام والقراءة من الاقاويل التي في الصلاة فتأمل هذا فانه أصل مناقض للاصل الاول وهو سبب الخلاف في أكثر هذه المسائل .

(المسئلة الثالثة) اختلف الفقهاء في هيئة الجلوس فقال مالك وأصحابه يفضى بأليتيه الى الارض وينصب رجله اليمنى ويثنى اليسرى وجلوس المرأة عنده كجلوس الرجل وقال أبو حنيفة وأصحاب ينصب الرجل اليمنى ويقعد على اليسرى، وفرق الشافعي بين الجلسة الوسطى والاخيرة فقال في الوسطى بمثل قول أبى حنيفة وفي الأخيرة بمثل قول مالك * وسبب اختلافهم في ذلك تعارض الآثار وذلك ان في ذلك ثلاثة آثار أحدها وهو ثابت باتفاق حديث أبى حميد الساعدى الوارد في وصف صلاته عليه الصلاة والسلام وفيه واذا جلس في الركعتين جلس على رجله اليسرى ونصب اليمنى. واذا جلس في الركعة الاخيرة قدم رجله اليسرى ونصب اليمنى وقعد على مقعدته. والثاني حديث وائل بن حجر وفيه أنه كان اذا قعد في الصلاة نصب اليمنى وقعد على اليسرى والثالث مارواه مالك عن عبد الله بن عمر أنه قال انما سنة الصلاة أن تنصب

رجلك اليمنى وثنى اليسرى وهو يدخل في المسند لقوله فيه : انما سنة الصلاة وفي روايته عن القاسم بن محمد أنه أراهم الجلوس في التشهد فنصب رجله اليمنى وثنى اليسرى وجلس على وركه الايسر ولم يجلس على قدمه ثم قال أراني هذا عبيد الله بن عبدالله ابن عمر وحدثني ان أباه كان يفعل ذلك فذهب مالك مذهب الترجيح لهذا الحديث وذهب أبو حنيفة مذهب الترجيح لحديث وائل، وذهب الشافعي مذهب الجمع على حديث أبي حميد، وذهب الطبري مذهب التخيير وقال هذه الهيئات كلها جائزة وحسن فعلها لثبوتها عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو قول حسن فان الافعال المختلفة أولى ان تحمل على التخيير منها على التعارض وانما يتصور التعارض أكثر ذلك في الفعل مع القول أو في القول مع القول.

﴿ المسئلة الرابعة ﴾ اختلف العلماء في الجلسة الوسطى والاخيرة فذهب الاكثر في الوسطى الى انها سنة وليست بفرض، وشذ قوم فقالوا انها فرض، وكذلك ذهب الجمهور في الجلسة الاخيرة الى انها فرض، وشذ قوم فقالوا انها ليست بفرض ☆ والسبب في اختلافهم هو تعارض مفهوم الاحاديث وقياس احدى الجلستين على الثانية وذلك ان في حديث أبي هريرة المتقدم: اجلس حتى تطمئن جالسا فوجب الجلوس على ظاهر هذا الحديث في الصلاة كلها فمن اخذ بهذا قال ان الجلوس كله فرض ولما جاء في حديث ابن بحينة الثابت أنه عليه الصلاة والسلام أسقط الجلسة الوسطى ولم يجبرها وسجد لها وثبت عنه أنه أسقط ركعتين فجبرهما وكذلك ركعة. فهم الفقهاء من هذا الفرق بين حكم الجلسة الوسطى وحكم الركعة وكانت عندهم الركعة فرضا باجماع فوجب ألا تكون الجلسة الوسطى فرضا فهذا هو الذي أوجب ان فرق الفقهاء بين الجلستين ورأوا أن سجود السهو انما يكون للسنن دون الفروض ومن رأى انها فرض قال السجود للجسلة الوسطى شي يخصها دون سائر الفرائض وليس في ذلك دليل على أنها ليست بفرض. وأما من ذهب الى انهما كليهما سنة فقاس الجلسة الاخيرة على الوسطى بعد أن اعتقد في الوسطى بالدليل الذى اعتقد به الجمهور انها سنة فاذاً السبب في اختلافهم هو في الحقيقة آيل الى معارضة الاستدلال لظاهر القول أو ظاهر الفعل فان من الناس أيضا من اعتقد ان الجلستين كليهما فرض من جهة ان أفعاله عليه الصلاة والسلام عنده الاصل فيها ان تكون في الصلاة محمولة على الوجوب حتى يدل الدليل على غير ذلك على ما تقدم فاذاً الاصلان جميعا يقتضيان ههنا أن الجلوس الاخير فرض ولذلك عليه أكثر الجمهور من غير أن يكون له معارض الا القياس وأعنى بالاصلين القول والعمل ولذلك أضعف الاقاويل من رأى ان الجلستين سنة والله أعلم وثبت عنه عليه الصلاة والسلام انه كان يضع كفه اليمنى على ركبته اليمنى

وكفه اليسرى على ركبته اليسرى ويشير بأصبعه. واتفق العلماء على أن هذه الهيئة من هيئة الجلوس المستحسنة في الصلاة. واختلفوا في تحريك الأصابع لاختلاف الاثر في ذلك والثابت انه كان يشير فقط.

(المسئلة الخامسة) اختلف العلماء في وضع اليدين احداهما على الاخرى في الصلاة فكره ذلك مالك في الفرض وأجازه في النفل، ورأى قوم أن هذا الفعل من سنن الصلاة وهم الجمهور * والسبب فى اختلافهم انه قد جاءت آثار ثابتة نقلت فيها صفة صلاته عليه الصلاة والسلام ولم ينقل فيها انه كان يضع يده اليمنى على اليسرى وثبت أيضا ان الناس كانوا يؤمرون بذلك وورد ذلك أيضا من صفة صلاته عليه الصلاة والسلام في حديث أبى حميد فرأى قوم ان الآثار التى أثبتت ذلك اقتضت زيادة على الآثار التى لم تنقل فيها هذه الزيادة وان الزيادة يجب أن يصار اليها، ورأى قوم ان الاوجب المصير الى الآثار التى ليس فيها هذه الزيادة لانها أكثر ولكون هذه ليست مناسبة لأفعال الصلاة وانما هي من باب الاستعانة ولذلك أجازها مالك في النفل ولم يجزها في الفرض وقد يظهر من أمرها انها هيئة تقتضى الخضوع وهو الاولى بها.

(المسئلة السادسة) اختار قوم اذا كان الرجل في وتر من صلاته ألا ينهض حتى يستوى قاعدا، واختار آخرون ان ينهض من سجوده نفسه وبالاول قال الشافعى وجماعة، وبالثانى قال مالك وجماعة * وسبب الخلاف ان في ذلك حديثين مختلفين. أحدهما حديث مالك بن الحويرث الثابت أنه رأى رسول الله صلى الله عليه وسلم يصلى فاذا كان في وتر من صلاته لم ينهض حتى يستوى قاعدا وفي حديث أبى حميد في صفة صلاته عليه الصلاة والسلام انه لما رفع رأسه من السجدة الثانية من الركعة الاولى قام ولم يتورك، فأخذ بالحديث الاول الشافعى وأخذ بالثانى مالك وكذلك اختلفوا اذا سجد هل يضع يديه قبل ركبتيه أو ركبتيه قبل يديه ومذهب مالك وضع الركبتين قبل اليدين * وسبب اختلافهم ان في حديث ابن حجر قال رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا سجد وضع ركبتيه قبل يديه واذا نهض رفع يديه قبل ركبتيه وعن ابى هريرة ان النبى عليه الصلاة والسلام قال: اذا سجد أحدكم فلا يبرك كما يبرك البعير وليضع يديه قبل ركبتيه وكان عبد الله بن عمر يضع يديه قبل ركبتيه وقال بعض أهل الحديث حديث وائل بن حجر أثبت من حديث أبى هريرة.

(المسئلة السابعة) اتفق العلماء على ان السجود يكون على سبعة أعضاء الوجه واليدين والركبتين وأطراف القدمين لقوله عليه الصلاة والسلام: أمرت أن أسجد على سبعة أعضاء واختلفوا فيمن سجد على وجهه ونقصه السجود على عضو من تلك الاعضاء هل تبطل صلاته

أم لا فقال قوم لا تبطل صلاته لان اسم السجود انما يتناول الوجه فقط، وقال قوم تبطل ان لم يسجد على السبعة الاعضاء للحديث الثابت ولم يختلفوا ان من سجد على جبهته وأنفه فقد سجد على وجهه * واختلفوا فيمن سجد على أحدهما فقال مالك ان سجد على جبهته دون أنفه جاز وان سجد على أنفه دون جبهته لم يجزه، وقال أبو حنيفة بل يجوز ذلك، وقال الشافعي لا يجوز الا ان يسجد عليهما جميعا * وسبب اختلافهم هل الواجب هو امتثال بعض ما ينطلق عليه الاسم أم كله وذلك ان في حديث النبي عليه الصلاة والسلام الثابت عن ابن عباس أمرت أن أسجد على سبعة أعضاء فذكر منها الوجه فمن رأى ان الواجب هو بعض ما ينطلق عليه الاسم قال ان سجد على الجبهة أو الانف أجزأه ومن رأى ان اسم السجود يتناول من سجد على الجبهة ولا يتناول من سجد على الانف أجاز السجود على الجبهة دون الانف وهذا كأنه تحديد للبعض الذى امتثاله هو الواجب مما ينطلق عليه الاسم وكان هذا على مذهب من يفرق بين أبعاض الشيء فرأى ان بعضها يقوم في امتثاله مقام الوجوب وبعضها لا يقوم مقامه فتأمل هذا فانه أصل فى هذا الباب وإلا جاز لقائل أن يقول انه ان مس من أنفه الارض مثقال خردلة تم سجوده، وأما من رأى ان الواجب هو امتثال كل ما ينطلق عليه الاسم فالواجب عنده أن يسجد على الجبهة والانف، والشافعي يقول ان هذا الاحتمال الذى من قبل اللفظ قد أزاله فعله عليه الصلاة والسلام وبينه فانه كان يسجد على الانف والجبهة لما جاء من انه انصرف من صلاة من الصلوات وعلى جبهته وأنفه أثر الطين والماء فوجب أن يكون فعله مفسراً للحديث المجمل قال أبو عمر بن عبد البر وقد ذكر جماعة من الحفاظ حديث ابن عباس فذكروا فيه الانف والجبهة (قال القاضي) أبو الوليد وذكر بعضهم الجبهة فقط وكلا الروايتين في كتاب مسلم وذلك حجة لمالك. واختلفوا أيضا هل من شرط السجود أن تكون يد الساجد بارزة وموضوعة على الذى يوضع عليه الوجه أم ليس ذلك من شرطه فقال مالك ذلك من شرط السجود أحسبه شرط تمامه، وقالت جماعة ليس ذلك من شرط السجود ومن هذا الباب اختلافهم في السجود على طاقات العمامة وللناس فيه ثلاثة مذاهب قول بالمنع، وقول بالجواز، وقول بالفرق بين أن يسجد على طاقات يسيرة من العمامة أو كثيرة، وقول بالفرق بين أن يمس من جبهته الارض شيء أولا يمس منها شيء وهذا الاختلاف كله موجود في المذهب وعند فقهاء الامصار وفي البخاري كانوا يسجدون على القلانس والعمائم، واحتج من لم ير ابراز اليدين في السجود بقول ابن عباس أمر النبي صلى الله عليه وسلم ان يسجد على سبعة أعضاء ولا نكفت

ثوبا ولا شعرا وقياســا على الركبتين وعلى الصلاة في الخفين ويمكن أن يحتج بهذا العموم في السجود على العمامة .

(المسئلة الثامنة) اتفق العلماء على كراهية الاقعاء في الصلاة لما جاء في الحديث من النهى أن يقعى الرجل في صلاته كما يقعى الكلب الأ أنهم اختلفوا فيما يدل عليه الاسم فبعضهم رأى ان الاقعاء المنهى عنه هو جلوس الرجل على اليتيه في الصلاة ناصبا فخذيه مثل اقعاء الكلب والسبع ولا خلاف بينهم ان هذه الهيئة ليست من هيئات الصلاة، وقوم رأوا أن معنى الاقعاء الذى نهى عنه هو أن يجعل اليتية على عقبيه بين السجدتين وان يجلس على صــدور قدميه وهو مذهب مالك لما روى عن ابن عمر أنه ذكر انه أنما كان يفعل ذلك لانه كان يشتــكي قدميه واما ابن عباس فكان يقول الاقعاء على القدمين في السجود على هذه الصفة هو سنة نبيكم خرجــه مسلم ☆ وسبب اختلافهم هو تردد اسم الاقعاء المنهى عنه في الصــلاة بين أن يدل على المعنى اللغوى أو يدل على معنى شرعى أعنى على هيئــة خصها الشرع بهــذا الاسم فمن رأى أنه يدل على المعنى اللغوى قال هو اقعاء الكلب ومن رأى أنه يدل على معنى شرعى قال انما أريد بذلك أحدى هيئات الصلاة المنهى عنها ولما ثبت عن ابن عمر ان قعود الرجل على صدور قدميه ليس من سنة الصلاة سبق الى اعتقاده ان هذه الهيئة هي التى أريد بالاقعاء المنهى عنه وهــذا ضعيف فان الاسماء التى لم تثبت لها معان شرعية يجب أن تحمل على المعنى اللغوى حتى يثبت لها معنى شرعى بخلاف الامر في الاسماء التى تثبت لها معان شرعيــة أعنى أنه يجب أن يحمل على المعانى الشرعية حتى يدل الدليل على المعنى اللغوى مع انه قد عارض حديث ابن عمر في ذلك حديث ابن عباس .

﴿ الباب الثانى من الجملة الثالثة ﴾

وهذا الباب الكلام المحيط بقواعده فيه فصول سبعة . أحدها فى معرفة حــكم صلاة الجماعة ، والثانى في معرفة شروط الامامة ومن أولى بالتقدم وأحكام الامام الخاصة به، الثالث في مقام المأموم من الامامة والاحكام الخاصة بالمأمومين ، الرابع فى معرفة مايتبع فيه المأموم والامام ممــا ليس يتبعه ، الخامس في صفة الاتباع ، الســادس فيما يحمله الامام عن المأمومين ، السابع في الاشياء التى اذا فسدت لها صلاة الامام يتعدى الفساد الى المأمومين .

﴿ الفصل الاول ﴾

فى هذا الفصل مسئلتان احداها هل صلاة الجماعة واجبة على من سمع النداء أم ليست بواجبة. المسئلة الثانية اذا دخل الرجل المسجد وقد صلى هل يجب عليه أن يصلى مع الجماعة الصلاة التى قد صلاها أم لا

(المسئلة الاولى) فان العلماء اختلفوا فيها فذهب الجمهور الى أنها سنة أو فرض على الكفاية وذهبت الظاهرية الى أن صلاة الجماعة فرض متعين على كل مكلف ✡ والسبب فى اختلافهم تعارض مفهومات الآثار فى ذلك وذلك ان ظاهر قوله عليه الصلاة والسلام : صلاة الجماعة تفضل صلاة الفذ بخمس وعشرين درجة أو بسبع وعشرين درجة يعطى أن الصلاة في الجماعة من جنس المندوب اليه وكانها كمال زائد على الصلاة الواجبة فكأنه قال عليه الصلاة والسلام : صلاة الجماعة أكمل من صلاة المنفرد والكمال انما هو شيء زائد على الاجزاء وحديث الاعمى المشهور حين استأذنه في التخلف عن صلاة الجماعة لانه لاقائد له فرخص له في ذلك ثم قال له عليه الصلاة والسلام أتسمع النداء قال نعم قال لا أجد لك رخصة هو كالنص في وجوبها مع عدم العذر خرجه مسلم ومما يقوى هذا حديث ابى هريرة المتفق على صحته وهو أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : والذى نفسى بيده لقد هممت ان آمر بحطب فيحطب ثم آمر بالصلاة فيؤذن لها ثم آمر رجلا فيؤم الناس ثم أخالف الى رجال فاحرق عليهم بيوتهم. والذى نفسى بيده لو يعلم أحدهم انه يجد عظما سميناً أو مرماتين حسنتين لشهد العشاء. وحديث ابن مسعود وقال فيه . أن رسول الله صلى الله عليه وسلم علمنا سنن الهدى وان من سنن الهدى الصلاة في المسجد الذى يؤذن فيه وفي بعض رواياته ولو تركتم سنة نبيكم لضللتم فسلك كل واحد من هذين الفريقين مسلك الجمع بتأويل حديث مخالفه وصرفه الى ظاهر الحديث الذى تمسك به. فاما أهل الظاهر فانهم قالوا ان المفاضلة لايمتنع أن تقع فى الواجبات أنفسها أى أن صلاة الجماعة في حق من فرضه صلاة الجماعة تفضل صلاة المنفرد في حق من سقط عنه وجوب صلاة الجماعة لمكان العذر بتلك الدرجات المذكورة قالوا وعلى هذا فلا تعارض بين الحديثين واحتجوا لذلك بقوله عليه الصلاة والسلام : صلاة القاعد على النصف من صلاة القائم. وأما أولئك فزعموا انه يمكن أن يحمل حديث الأعمى على نداء يوم الجمعة اذ ذلك هو النداء الذى يجب على من سمعه الاتيان اليه باتفاق وهذا فيه بعد والله اعلم لان نص الحديث هو ان أباهريرة قال أتى النبي صلى الله عليه وسلم رجل أعمى فقال يارسول

الله انه ليس لى قائد يقودنى الى المسجد فسأل رسول الله أن يرخص له فيصلى في بيته فرخص له فلما ولى دعاه فقال : هــل تسمع النداء بالصلاة فقال نعم قال : فأجب وظاهر هذا يبعدأن يفهم منه نداء الجمعة معان الاتيان الى صلاة الجمعةواجب على من كان في المصر وان لم يسمع النداء ولاأعرف في ذلك خلافا وعارض هـذا الحديث أيضا حديث عتبان بن مالك المذكور في الموطاء وفيه ان عتبان بن مالك كان يؤم وهو أعمى وأنه قال لرسول الله صلى الله عليه وسلم انه تكون الظلمة والمطر والسيل وأنا رجل ضرير البصر فصل يارسول الله فيبيتى مكانا اتخذه مصلى فجاءه رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال أين تحب ان أصلى فاشار له الى مكان من البيت فصلى فيه رسول الله صلى الله عليه وسلم .

(وأما المسئلة الثانية) فان الذى دخل المسجد وقد صــلى لايخلو من أحد وجهين إما أن يكون صلى منفرداً وأما أن يكون صلى في جماعة فان كان صلى منفرداً فقال قوم يعيد معهم كل الصلوات الا المغرب فقط وممن قال بهذا القول مالك وأصحابه وقال أبو حنيفة يعيد الصلوات كلها الا المغرب والعصر، وقال الاوزاعى الا المغرب والصبح، وقال أبو ثور الا العصر والفجر، وقال الشافعى يعيد الصلوات كلها وانما اتفقوا على ايجاب اعادة الصلاة عليه بالجملة لحديث بشر بن محمد عن أبيه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال له حين دخل المسجد ولم يصل معه : مالك لم تصل مع الناس ألست برجل مسلم فقال بلى يارسول الله ولــكنى صليت في أهلى فقال عليه الصلاة والسلام اذا جئت فصل مع الناس وان كنت قدصليت فاختلف الناس لاحتمال تخصيص هذا العموم بالقياس أوبالدليل فمن حمله على عمومه أوجب عليه إعادة الصلوات كلها وهومذهب الشافعى، وأما من استثنى من ذلك صلاة المغرب فقط فانه خصص العموم بقياس الشبه وهو مالك رحمه الله وذلك انه زعم ان صلاة المغرب هي وتر فلوأعيدت لاشبهت صلاة الشفع التى ليست بوتر لانها كانت تكون بمجموع ذلك ست ركعات فكانها كانت تنتقل من جنسها الى جنس صلاة أخرى وذلك مبطل لها وهذا القياس فيه ضعف لان السلام قدفصل بين الاوتار والتمسك بالعموم أقوى من الاستثناء بهذا النوع من القياس وأقوى من هذا ماقاله الكوفيون من أنه اذا أعادها يكون قدأوتر مرتين وقدجاء في الاثر لاوتران في ليلة . وأما أبوحنيفة فانه قال ان الصلاة الثانية تــكون له نفلا فان أعاد العصر يكون قدتنفل بعد العصر وقدجاء النهى عن ذلك فخصص العصر بهذا القياس والمغرب بأنها وتر والوتر لايعاد وهذا قياس جيد إن سلم لهم الشافعى ان الصلاة الاخيرة لهم نفل وأما من فرق بين العصر والصبح في ذلك فلانه لم تختلف الآثار في النهى عن

الصلاة بعد الصبح واختلفت فى الصلاة بعد العصر كما تقدم وهو قول الأوزاعى . وأما اذا صلى فى جماعة فهل يعيد فى جماعة أخرى فأكثر الفقهاء على أنه لايعيد منهم مالك وأبو حنيفة وقال بعضهم بل يعيد وممن قال بهذا القول أحمد وداود وأهل الظاهر * والسبب في اختلافهم تعارض مفهوم الآثار في ذلك وذلك أنه ورد عنه عليه الصلاة والسلام انه قال : لاتصلى صلاة في يوم مرتين وروى عنه أنه أمر الذين صلوا في جماعة ان يعيدوا مع الجماعة الثانية وأيضا فان ظاهر حديث بسر يوجب الاعادة على كل مصل اذا جاء المسجد فان قوته قوة العموم والاكثر على أنه اذا ورد العام على سبب خاص لايقتصر به على سببه وصلاة معاذ مع النبي عليه الصلاة والسلام ثم كان يؤم قومه في تلك الصلاة فيه دليل على جواز اعادة الصلاة فى الجماعة فذهب الناس في هذه الآثار مذهب الجمع ومذهب الترجيح أما من ذهب مذهب الترجيح فانه أخذ بعموم قوله عليه الصلاة والسلام . لاتصلى صلاة واحـدة في يوم مرتين ولم يستثن من ذلك الا صلاة المنفرد فقط لوقوع الاتفاق عليها . وأما من ذهب مذهب الجمع فقالوا ان معنى قوله عليه الصلاة والسلام · لاتصلى صلاة فى يوم مرتين انما ذلك أن لايصلى الرجل الصلاة الواحدة بعينها مرتين يعتقد فى كل واحدة منهما انها فرض بل يعتقد في الثانية انها زائدة على الفرض ولكنه مامور بها وقال قوم بل معنى هذا الحديث إنما هو للمنفرد أعنى أن لايصلى الرجل المنفرد صلاة واحدة بعينها مرتين .

الفصل الثانى

(وفي هذا الفصل مسائل أربع)

﴿ المسئلة الاولى ﴾ اختلفوا في من أولى بالامامة فقال مالك يؤم القوم أفقهم لا أقرؤهم وبه قال الشافعى، وقال أبوحنيفة والثورى وأحمد يؤم القوم أقرؤهم ☆ والسبب في هذا الاختلاف اختلافهم في مفهوم قوله عليه الصلاة والسلام : يؤم القوم أقرؤهم لكتاب الله فان كانوا في القراءة سواء فاعلمهم بالسنة فان كانوا في السنة سواء فاقدمهم هجرة فان كانوا فى الهجرة سواء فاقدمهم اسلاما ولا يؤم الرجل الرجل فى سلطانه ولا يقعد فى بيته على تكرمته الا باذنه وهو حديث متفق على صحته . لكن اختلف العلماء فى مفهومه فنهم من حمله على ظاهره وهو أبو حنيفة، ومنهم من فهم من الأقرإ ههنا الافقه لانه زعم ان الحاجة الى الفقه في الامامة أمس من الحاجة الى القراءة وأيضا فان الاقرأ من الصحابة كان هو الافقه ضرورة وذلك بخلاف ما عليه الناس اليوم ،

(المسئلة الثانية) اختلف الناس في امامة الصبي الذى لم يبلغ الحلم اذا كان قارئا، فاجاز ذلك قوم لعموم هذا الاثر ولحديث عمرو بن سلمة انه كان يؤم قومه وهو صبي، ومنع ذلك قوم مطلقا، وأجازه قوم في النفل ولم يجيزه في الفريضة وهو مروى عن مالك وسبب الخلاف في ذلك هل يؤم أحد في صلاة غير واجبة عليه من وجبت عليه وذلك لاختلاف نية الامام والمأموم .

(المسئلة الثالثة) اختلفوا في إمامة الفاسق فردها قوم باطلاق، وأجازها قوم باطلاق وفرق قوم بين أن يكون فسقه مقطوعا به أو غير مقطوع به فقالوا ان كان فسقه مقطوعا به أعاد الصلاة المصلى وراءه أبدا وان كان مظنونا استحبت له الاعادة في الوقت وهذا الذى اختاره الابهرى تأولا على المذهب، ومنهم من فرق بين أن يكون فسقه بتأويل أو يكون بغير تأويل مثل الذى يشرب النبيذ ويتأول أقوال أهل العراق فاجازوا الصلاة وراء المتأول ولم يجيزوها وراء غير المتأول * وسبب اختلافهم في هذا انه شيء مسكوت عنه في الشرع والقياس فيه متعارض فمن رأى ان الفسق لما كان لايبطل صحة الصلاة ولم يكن يحتاج المأمون من إمامه الا صحة صلاته فقط على قول من يرى ان الامام يحمل عن المأموم أجاز امامة الفاسق ومن قاس الامامة على الشهادة واتهم الفاسق أن يكون يصلى صلاة فاسدة كما يتهم في الشهادة أن يكذب لم يجز امامته ولذلك فرق قوم بين أن يكون فسقه بتأويل أو بغير تأويل والى قريب من هذا يرجع من فرق بين ان يكون فسقه مقطوعا به أو غير مقطوع به لانه اذا كان مقطوعا به فكأنه غير معذور في تأويله . وقد رام أهل الظاهر أن يجيزوا امامة الفاسق بعموم قوله عليه الصلاة والسلام : يؤم القوم أقرؤهم قالوا فلم يستثن من ذلك فاسقا من غير فاسق والاحتجاج بالعموم في غير المقصود ضعيف، ومنهم من فرق بين ان يكون فسقه في شروط صحة الصلاة أو في أمور خارجة عن الصلاة بناء على ان الامام انما يشترط فيه وقوع صلاته صحيحة

(المسئلة الرابعة) اختلفوا في إمامة المرأة: فالجمهور على انه لا يجوز أن تؤم الرجال، واختلفوا في امامتها النساء فاجاز ذلك الشافعي ومنع ذلك مالك وشذ أبو ثور والطبرى فأجازا امامتها على الاطلاق . وانما اتفق الجمهور على منعها أن تؤم الرجال لانه لو كان جائزا لنقل ذلك عن الصدر الاول ولانه أيضا لما كانت سنتهن في الصلاة التأخير عن الرجال علم انه ليس يجوز لهن التقدم عليهم لقوله عليه الصلاة والسلام: أخروهن حيث أخرهن الله ولذلك أجاز بعضهم امامتها للنساء اذ كن متساويات في المرتبة في الصلاة مع انه ايضا نقل ذلك عن بعض الصدر الاول، ومن اجاز امامتها فانما ذهب الى مارواه أبو داود من حديث أم ورقة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان

يزورها فى بيتها وجعل لها مؤذنا يؤذن لها وأمرها ان تؤم أهل دارها وفى هذا الباب مسائل كثيرة أعنى من اختلافهم فى الصفات المشترطة فى الامام تركنا ذكرها لكونها مسكوتا عنها فى الشرع .

(قال القاضى) وقصدنا فى هذا الكتاب انما هو ذكر المسائل المسموعة أو ماله تعلق قريب بالمسموع . واما احكام الامام الخاصة به فان فى ذلك اربعة مسائل متعلقة بالسمع احداها هل يؤمن الامام اذا فرغ من قراءة ام القرآن ام المأموم هو الذى يؤمن فقط . والثانية متى يكبر تكبيرة الاحرام ، والثالثة اذا ارتج عليه هل يفتح عليه ام لا ، والرابعة هل يجوز ان يكون موضعه ارفع من موضع المأمومين

فاما هل يؤمن الامام اذا فرغ من قراءة أم الكتاب فان مالكا ذهب فى رواية ابن القاسم عنه والمصريين انه لا يؤمن ؛ وذهب جمهور الفقهاء الى أنه يؤمن كالمأموم سواء وهي رواية المدنيين عن مالك ☆ وسبب اختلافهم ان في ذلك حديثين متعارضين الظاهر . أحدهما حديث أبى هريرة المتفق عليه في الصحيح أنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : إذا أمن الامام فامنوا . والحديث الثانى ماخرجه مالك عن أبى هريرة أيضا أنه قال عليه الصلاة والسلام . اذا قال الامام غير المغضوب عليهم ولا الضالين فقولوا آمين . فاما الحديث الاول فهو نص في تامين الامام وأما الحديث الثانى فيستدل منه على ان الامام لا يؤمن وذلك انه لو كان يؤمن لما امر المأموم بالتأمين عند الفراغ من أم الكتاب قبل أن يؤمن الامام لان الامام كما قال عليه الصلاة والسلام انما جعل الامام ليؤتم به الا ان يخص هذا من أقوال الامام اعنى ان يكون للمأموم ان يؤمن معه او قبله فلا يكون فيه دليل على حكم الامام في التأمين ويكون انما تضمن حكم المأموم فقط لكن الذى يظهر ان مالكا ذهب مذهب الترجيح للحديث الذى رواه لكون السامع هو المؤمن لا الداعى وذهب الجمهور لترجيح الحديث الاول لكونه نصا ولانه ليس فيه شيء من حكم الامام وانما الخلاف بينه وبين الحديث الآخر في موضع تامين المأموم فقط لا في هل يؤمن الامام أولا يؤمن فتامل هذا ويمكن أيضا أن يتاول الحديث الأول بان يقال ان معنى قوله . فاذا أمن فامنوا أى فاذا بلغ موضع التامين وقد قيل ان التامين هو الدعاء وهذا عدول عن الظاهر لشيء غير مفهوم من الحديث الا بقياس أعنى ان يفهم من قوله فاذا قال غير المغضوب عليهم ولا الضالين فامنوا أنه لا يؤمن الامام .

وأما متى يكبر الامام فان قوماً قالوا لا يكبر الا بعد تمام الاقامة واستواء الصفوف وهو مذهب مالك والشافعى وجماعة ؛ وقوم قالوا ان موضع التكبير هو قبل أن يتم الاقامة واستحسنوا تكبيره عند قول المؤذن قد قامت الصلاة وهو مذهب

أبى حنيفة والثورى وزفر * وسبب الخلاف فى ذلك تعارض ظاهر حـديث أنس وحديث بلال . أما حـديث أنس فقال اقبل علينا رسول الله صلى الله عليـه وسلم قبـل أن يكبر فى الصـلاة فقال : أقيموا صفوفـكم وتراصوا فانى أراكم من وراء ظهرى وظاهر هـذا ان الكلام منه كان بعـد الفراغ من الاقامة مثل ماروى عن عمر انه كان اذا تمت الاقامة واسـتوت الصـفوف حينئذ يكبر . وأما حديث بلال فانه روى انه كان يقيم للنبى صلى الله عليـه وسـلم فـكان يقول له يارسول الله لاتسبقنى بآمين خرجه الطحاوى قالوا فهذا يدل على أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يكبر والاقامة لم تتم .

وأما اختلافهم فى الفتح على الامام اذا ارتج عليه فان مالـكا والشافعى وأكثر العلماء أجازوا الفتح عليه، ومنع ذلك الـكوفيون ☆ وسبب الخلاف فى ذلك اختلاف الآثار وذلك انه روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم : تردد فى آية فلما انصرف قال ابن أبى ألم يكن فى القوم أى يريد الفتح عليه وروى عنه عليه الصلاة والسلام انه قال : لايفتح على الامام والخـلاف فى ذلك فى الصدر الاول والمنع مشهور عن على والجواز عن ابن عمر مشهور .

وأماموضع الامام فان قوما أجازوا أن يكون أرفع من موضع المأمومين، وقوم منعوا ذلك، وقوم استحبوا من ذلك اليسير وهو مذهب مالك ☆ وسبب الخلاف فى ذلك حديثان متعارضان ، أحدهما الحديث الثابت انه عليه الصلاة والسلام : أم الناس على المنبر ليعلمهم الصلاة وانه كان اذا أراد أن يسجد نزل من على المنبر ، والثانى مارواه أبو داود : ان حذيفة أم الناس على دكان فأخذ ابن مسعود بقميصه فجذبه فلما فرغ من صلاته قال ألم تعلم انهم كانوا ينهون عن ذلك اوينهى عن ذلك .

وقد اختلفوا هل يجب على الامام أن ينوى الامامـة أم لا فذهب قوم الى أنه ليس ذلك بواجب عليه لحديث ابن عباس : انه قام الى جنب رسـول الله صلى الله عليه وسلم بعد دخوله فى الصلاة، ورأى أن هذا محتمل وانه لابد من ذلك اذا كان يحمل بعض أفعال الصلاة عن المأمومين وهذا على مذهب من يرى أن الامام يحمل فرضا أو نفلا عن المأمومين .

الفصل الثالث

(فى مقام المأموم من الامام. وأحكام المأموم الخاصة به. وفى هذا الباب خمس مسائل)

(المسئلة الاولى) جهور العلماء على أن سنة الواحد المنفرد أن يقوم عن يمين الامام

لثبوت ذلك من حديث ابن عباس وغيره وأنهم إن كانوا ثلاثة سوى الامام قاموا وراءه واختلفوا اذا كانا اثنين سوى الامام فذهب مالك والشافعي الى أنهما يقومان خلف الامام ، وقال أبو حنيفة وأصحابه والكوفيون بل يقوم الامام بينهما ✡ والسبب في اختلافهم أن في ذلك حديثين متعارضين ، أحدهما حديث جابر بن عبد الله قال . قمت عن يسار رسول الله صلى الله عليه وسلم فاخذ بيدي فادارني حتى أقامني عن يمينه ثم جاء جبار ابن صخر فتوضأ ثم جاء فقام عن يسار رسول الله صلى الله عليه وسلم فاخذ بأيدينا جميعا فدفعنا حتى قمنا خلفه ، والحديث الثاني حديث ابن مسعود : أنه صلى بعلقمة والاسود فقام وسطهما وأسنده الى النبي صلى الله عليه وسلم قال أبو عمر واختلف رواة هذا الحديث فبعضهم أوقفه وبعضهم أسنده والصحيح انه موقوف . واما ان سنة المرأة أن تقف خلف الرجل أو الرجال أن كان هنالك رجل سوى الامام أو خلف الامام ان كانت وحدها فلا أعلم في ذلك خلافا لثبوت ذلك من حديث أنس الذي خرجه البخاري أن النبي صلى الله عليه وسلم . صلى به وبامه أو خالته قال فاقامني عن يمينه وأقام المرأة خلفنا والذي خرجه عنه أيضا مالك انه قال فصففت أنا واليتيم وراءه عليه الصلاة والسلام والعجوز من ورائنا . وسنة الواحد عند الجمهور أن يقف عن يمين الامام لحديث ابن عباس حين بات عند ميمونة ، وقال قوم بل عن يساره ولا خلاف في ان المرأة الواحدة تصلي خلف الامام وانها ان كانت مع الرجل صلى الرجل الى جانب الامام والمرأة خلفه .

(المسئلة الثانية) أجمع العلماء على أن الصف الاول مرغب فيه وكذلك تراص الصفوف وتسويتها لثبوت الامر بذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم . واختلفوا اذا صلى انسان خلف الصف وحده فالجمهور على أن صلاته تجزئ ، وقال أحمد وأبو ثور وجماعة صلاته فاسدة ✡ وسبب اختلافهم في تصحيح حديث وابصة ومخالفة العمل له وحديث وابصة هو انه قال عليه الصلاة والسلام : لا صلاة لقائم خلف الصف وكان الشافعي يرى أن هذا يعارضه قيام العجوز وحدها خلف الصف في حديث أنس وكان احمد يقول ليس في ذلك حجة لان سنة النساء هي القيام خلف الرجال وكان أحمد كما قلنا يصحح حديث وابصة وقال غيره هو مضطرب الاسناد لا تقوم به حجة . واحتج الجمهور بحديث أبي بكرة : أنه ركع دون الصف فلم يأمره رسول الله صلى الله عليه وسلم باعادة وقال له : زادك الله حرصا ولا تعد ولو حمل هذا على الندب لم يكن تعارض أعني بين حديث وابصة وحديث أبي بكرة .

(المسئلة الثالثة) اختلف الصدر الاول في الرجل يريد الصلاة فيسمع الاقامة هل

يسرع المشى الى المسجد أم لا مخافة ان يفوته جزء من الصلاة فروى عن عمر و بن عمر وابن مسعود انهم كانوا يسرعون المشى اذا سمعوا الاقامة وروى عن زيد بن ثابت وأبي ذر وغيرهم من الصحابة انهم كانوا لا يرون السعى بل ان تؤتى الصلاة بوقار وسكينة وبهذا القول قال فقهاء الامصار لحديث أبى هريرة الثابت : اذا ثوب بالصلاة فلا تأتوها وأنتم تسعون واتوها وعليكم السكينة ويشبه ان يكون سبب الخلاف في ذلك انه لم يبلغهم هذا الحديث أو رأوا أن الكتاب يعارضه لقوله تعالى (فاستبقوا الخيرات) وقوله (والسابقون السابقون أولئك المقربون) وقوله (سارعوا الى مغفرة من ربكم) وبالجملة فاصول الشرع تشهد بالمبادرة الى الخير لكن اذا صح الحديث وجب ان تستثنى الصلاة من بين سائر أعمال القرب.

(المسئلة الرابعة) متى يستحب ان يقام الى الصلاة فبعض استحسن البدء في أول الاقامة على الاصل في الترغيب في المسارعة وبعض عند قوله قد قامت الصلاة وبعضهم عند حى على الفلاح وبعضهم قال حتى يروا الامام وبعضهم لم يحد في ذلك حداً كمالك رضى الله عنه فانه وكل ذلك الى قدر طاقة الناس وليس في هذا شرع مسموع الاحديث أبى قتادة انه قال عليه الصلاة والسلام : اذا أقيمت الصلاة فلا تقوموا حتى ترونى فان صح هذا وجب العمل به والا فالمسئلة باقية على أصلها المعفو عنه أعنى انه ليس فيها شرع وانه متى قام كل فحسن.

(المسئلة الخامسة) ذهب مالك وكثير من العلماء الى أن الداخل وراء الامام اذا خاف فوات الركعة بان يرفع الامام رأسه منها ان تمادى حتى يصل الى الصف الاول ان له أن يركع دون الصف الاول ثم يدب راكعا وكره ذلك الشافعى، وفرق أبو حنيفة بين الجماعة والواحد فكرهه الواحد وأجازه للجماعة وما ذهب اليه مالك مروى عن زيد بن ثابت وابن مسعود ٭ وسبب اختلافهم في تصحيح حديث أبى بكرة وهو انه دخل المسجد ورسول الله صلى الله عليه وسلم يصلى بالناس وهم ركوع فركع ثم سعى الى الصف فلما انصرف رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : من الساعى قال أبو بكرة انا قال : زادك الله حرصاً ولا تعد.

٭(الفصل الرابع في معرفة ما يجب على المأموم أن يتبع فيه الامام)٭

وأجمع العلماء على أنه يجب على المأموم ان يتبع الامام في جميع أقواله وأفعاله الا في قوله سمع الله لمن حمده وفي جلوسه اذا صلى جالساً لمرض عند من اجاز امامة الجالس وأما اختلافهم في قوله سمع الله لمن حمده فان طائفة ذهبت الى أن الامام يقول

اذا رفع رأسه من الركوع سمع الله لمن حمده فقط ويقول المأموم ربنا ولك الحمد فقط وممن قال بهذا القول مالك وأبو حنيفة وغيرهما،وذهبت طائفة أخرى الى أن الامام والمأموم يقولان جميعا سمع الله لمن حمده ربنا ولك الحمد وان المأموم يتبع فيهما معا الامام كسائر التكبير سواء،وقد روى عن أبى حنيفة ان المنفرد والامام يقولانهما جميعا ولاخلاف في المنفرد أعنى انه يقولهما جميعا ✡ وسبب الاختلاف في ذلك حديثان متعارضان، أحدهما حديث أنس أن النبي عليه الصلاة والسلام قال : انما جعل الامام ليؤتم به فاذا ركع فاركعوا واذا رفع فارفعوا واذا قال سمع الله لمن حمده فقولوا ربنا ولك الحمد ؛ والحديث الثانى حديث ابن عمر انه صلى الله عليه وسلم كان اذا افتتح الصلاة رفع يديه حذو منكبيه واذا رفع رأسه من الركوع رفعهما كذلك أيضاً وقال سمع الله لمن حمده ربنا ولك الحمد فمن رجح مفهوم حديث أنس قال لا يقول المأموم سمع الله لمن حمده ولا الامام ربنا ولك الحمد وهو من باب دليل الخطاب لانه جعل حكم المسكوت عنه بخلاف حكم المنطوق به ومن رجح حديث ابن عمر قال يقول الامام ربنا ولك الحمد ويجب على المأموم أن يتبع الامام في قوله سمع الله لمن حمده لعموم قوله : انما جعل الامام ليؤتم به،ومن جمع بين الحديثين فرق في ذلك بين الامام والمأموم والحق في ذلك ان حديث أنس يقتضى بدليل الخطاب ان الامام لا يقول ربنا ولك الحمد وان المأموم لا يقول سمع الله لمن حمده وحديث ابن عمر يقتضى نصا ان الامام يقول ربنا ولك الحمد فلا يجب ان يترك النص بدليل الخطاب فان النص أقوى من دليل الخطاب وحديث أنس يقتضى بعمومه ان المأموم يقول سمع الله لمن حمده بعموم قوله : انما جعل الامام ليؤتم به وبدليل خطابه ان لا يقولها فوجب ان يرجح بين العموم ودليل الخطاب ولا خلاف ان العموم اقوى من دليل الخطاب لكن العموم يختلف ايضا في القوة والضعف ولذلك ليس يبعد ان يكون بعض ادلة الخطاب أقوى من بعض أدلة العموم فالمسئلة لعمرى اجتهادية أعنى في المأموم .

(وأما المسئلة الثانية) وهي صلاة القائم خلف القاعد فان حاصل القول فيها أن العلماء اتفقوا على انه ليس للصحيح ان يصلى فرضاً قاعداً اذا كان منفردا وأماما لقوله تعالى (وقوموا لله قانتين) واختلفوا اذا كان المأموم صحيحا فصلى خلف امام مريض يصلى قاعداً على ثلاثة أقوال ؛ أحدها ان المأموم يصلى خلفه قاعدا وممن قال بهذا القول احمد واسحق ؛ والقول الثاني انهم يصلون خلفه قياما قال أبو عمر بن عبد البر وعلى هذا جماعة فقهاء الامصار الشافعي واصحابه وأبو حنيفة واصحابه وأهل الظاهر وأبو ثور وغيرهم وزاد هؤلاء فقالوا يصلون وراءه قياما وان كان لايقوى

على الركوع والسجود بل يومئ إيماء . وروى ابن القاسم انه لا تجوز امامة القاعد وانه ان صلوا خلفه قياما أو قعودا بطلت صلاتهم وقد روى عن مالك أنهم يعيدون الصلاة في الوقت وهذا أنما بنى على الكراهة لاعلى المنع والاول هو المشهور عنه * وسبب الاختلاف تعارض الآثار في ذلك ومعارضة العمل للآثار أعني عمل أهل المدينة عند مالك وذلك ان في ذلك حديثين متعارضين ؛ أحدهما حديث أنس : وهو قوله عليه الصلاة والسلام : واذا صلى قاعداً فصلوا قعودا وحديث عائشة في معناه وهو انه صلى صلى الله عليه وسلم وهو شاك جالساً وصلى وراءه قوم قياما فاشار اليهم ان اجلسوا فلما انصرف قال : انما جعل الامام ليؤتم به فاذا ركع فاركعوا واذا رفع فارفعوا واذا صلى جالسا فصلوا جلوساً ؛ والحديث الثانى حديث عائشة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم خرج في مرضه الذى توفى منه فأتى المسجد فوجد أبا بكر وهو قائم يصلى بالناس فاستأخر أبو بكر فأشار اليه رسول الله صلى الله عليه وسلم أن كما انت فجلس رسول الله صلى الله عليه وسلم الى جنب أبى بكر فكان أبو بكر يصلى بصلاة رسول الله صلى الله عليه وسلم وكان الناس يصلون بصلاة أبى بكر فذهب الناس في هذين الحديثين مذهبين مذهب النسخ ومذهب الترجيح. فأما من ذهب مذهب النسخ فانهم قالوا ان ظاهر حديث عائشة وهو أن النبى عليه الصلاة والسلام كان يؤم الناس وان ابا بكر كان مسمعا لانه لا يجوز أن يكون امامان في صلاة واحدة وان الناس كانو قياما وأن النبى عليه الصلاة والسلام كان جالسا فوجب أن يكون هذا من فعله عليه الصلاة والسلام اذ كان آخر فعله ناسخا لقوله وفعله المتقدم. وأما من ذهب مذهب الترجيح فانهم رجحوا حديث أنس بان قالوا ان هذا الحديث قد أضطربت الرواية عن عائشة فيه فيمن كان الامام هل رسول الله صلى الله عليه وسلم أو أبو بكر، وأما مالك فليس له مستند من السماع لان كلا الحديثين اتفقا على جواز امامة القاعد وانما اختلفا في قيام المأموم أو قعوده، حتى أنه لقد قال أبو محمد بن حزم انه ليس في حديث عائشة أن الناس صلوا لاقياماً ولا قعودا وليس يجب ان يترك المنصوص عليه لشئ لم ينص عليه قال ابو عمر وقد ذكر أبو المصعب في مختصره عن مالك انه قال لا يؤم الناس أحد قاعداً فان أمهم قاعداً فسدت صلاتهم وصلاته لان النبى صلى الله عليه وسلم قال : لا يؤمن أحد بعدى قاعدا قال أبو عمر وهذا حديث لا يصح عند أهل العلم بالحديث لانه يرويه جابر الجعفى مرسلا وليس بحجة فيما اسند فكيف فيما أرسل وقد روى ابن القاسم عن مالك انه كان يحتج بما رواه ربيعة بن أبى عبد الرحمن أن رسول الله صلى الله عليه وسلم خرج وهو مريض فكان أبو بكر هو الامام وكان رسول الله صلى الله عليه

وسلم يصلى بصلاة أبى بكروقال : مامات نبى حتى يؤمه رجل من امته وهذا ليس فيه حجة الا ان يتوهم انه ائتم بابى بكر لانه لاتجوز صلاة الامام القاعد وهذا ظن لايجب ان يترك له النص مع ضعف هذا الحديث .

﴿الفصل الخامس في صفة الاتباع﴾

وفيه مسئلتان . احدهما في وقت تكبيرة الاحرام للماموم . والثانية في حكم من رفع رأسه قبل الامام . أما اختلافهم في وقت تكبير الماموم فان مالكا استحسن ان يكبر بعد فراغ الامام من تكبيرة الاحرام قال وان كبر معه اجزأه وقد قيل انه لايجزئه واما ان كبر قبله فلا يجزئه وقال أبو حنيفة وغيره يكبر مع تكبيرة الامام فان فرغ قبله لم يجزه وأما الشافعى فمنه في ذلك روايتان . احدهما مثل قول مالك وهو الاشهر . والثانية ان الماموم ان كبر قبل الامام اجزأه * وسبب الخلاف ان في ذلك حديثين متعارضين . احدهما قوله عليه الصلاة والسلام : فاذا كبر فكبروا . والثانى ماروى انه عليه الصلاة والسلام كبر في صلاة من الصلوات ثم اشار اليهم ان امكثوا فذهب ثم رجع وعلى رأسه اثر الماء فظاهر هذا أن تكبيره وقع بعد تكبيرهم لانه لم يكن له تكبير أولا لمكان عدم الطهارة وهو أيضا مبنى على أصله في ان صلاة الماموم غير مرتبطة بصلاة الامام والحديث ليس فيه ذكر هل استانفوا التكبير أولم يستانفوه فليس ينبغى ان يحمل على أحدها الا بتوقيف والاصل هو الاتباع وذلك لا يكون إلا بعد ان يتقدم الامام إما بالتكبير وأما بافتتاحه، وأما من رفع رأسه قبل الامام فان الجمهور يرون انه اساء ولكن صلاته جائزة وانه يجب عليه ان يرجع فيتبع الامام، وذهب قوم الى ان صلاته تبطل للوعيد الذى جاء في ذلك وهو قوله عليه الصلاة والسلام : أما يخاف الذى يرفع رأسه قبل الامام أن يحول الله رأسه رأس حمار .

الفصل السادس

واتفقوا على انه لايحمل الامام عن المأموم شيئا من فرائض الصلاة ماعدا القراءة فانهم اختلفوا فى ذلك على ثلاثة أقوال ؛ أحدها ان المأموم يقرأ مع الامام فيما أسر فيه ولايقرأ معه فيما جهر به ؛ والثانى انه لايقرأ معه أصلا ، والثالث يقرأ فيما أسر أم الكتاب وغيرها وفيما جهر أم الكتاب فقط، وبعضهم فرق فى الجهر بين أن يسمع قراءة الامام أولا يسمع فاوجب عليه القراءة اذا لم يسمع ونهاه عنها اذا سمع وبالاول قال مالك الا انه يستحسن له القراءة فيما اسر فيه الامام، وبالثانى قال أبو حنيفة، وبالثالث

قال الشافعى والتفرقة بين أن يسمع أولا يسمع هوقول احمد بن حنبل * والسبب في اختلافهم اختلاف الاحاديث في هــذا الباب وبناء بعضها على بعض وذلك أن في ذلك أربعة احاديث. أحدها قوله عليه الصلاة والسلام : لاصــلاة الا بفاتحة الكتاب وما ورد من الاحاديث في هذا المعنى مماقد ذكرناه فيباب وجوب القراءة . والثانيماروى مالك عن ابى هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم انصرف من صلاة جهر فيها بالقراءة فقال هل قرأ معى منكم أحد آنفاً فقال رجل نعم انايارسولالله فقالرسول الله :.انى أقول مالى أنازع القرآن فانتهى الناس عن القراءة فيما جهر فيه رسولالله صلىالله عليهوسلم . والثالث حديث عبادة بنالصامت قال : صلى بنا رسول الله صلاة الغداة فثقلت عليه القراءة فلما انصرف قال . انى لأُرا كم تقرؤن وراء الامامقلنا نعم قال فلا تفعلوا الابأمالقرآن قال ابو عمر وحديث عبادة بن الصامت هنا من رواية مكحول وغيره متصل السند صحيح . والحديث الرابع حديث جابرعنالنبيعليهالصلاة والسلام قال ، من كان له امام فقراءته له قراءة وفى هذا أيضاً حديث خامس صححه أحمد بن حنبل وهو ماروى انه قال عليه الصــلاة والسلام ، اذا قرأ الامام فانصتوا فاختلف الناس في وجه جمع هذه الاحاديث فمن الناس من استثنى من النهيعنالقراءة فيما جهر فيه الامام قراءة أم القرآن فقط على حديث عبادة بن الصامت ومنهم من استثنى من عموم قوله عليه الصلاة والسلام . لاصلاة الا بفاتحةالكتاب للمأموم فقط في صلاة الجهر لمكان النهى الوارد عن القراءة فيماجهرفيه الامام فيحديث ابىهريرة وأكد ذلك بظاهر قوله تعالى (واذا قرىء القرآن فاستمعوا له وأنصتوا لعلــكم ترحمون) قالوا وهذا انما ورد فيالصلاةومنهم من استثنى القراءة الواجبــة على المصلى المأموم فقط سراً كانت الصلاة أوجهراوجعل الوجوب الوارد فيالقراءة في حق الامام والمنفرد فقط مصيرا الى حديث جابر وهو مذهب ابى حنيفة فصار عنده حديث جابر مخصصاً لقوله عليه الصلاة والسلام :واقرأ ماتيسرمعك فقط لانه لايرى وجوبقراءة أم القرآن في الصلاة وانما يرى وجوب القراءة مطلقا علىماتقدم وحديث جابرلميروه مرفوعا الاجابرالجعفى ولاحجة فى شيء مما ينفرد به قال أبو عمر وهوحديث لايصح الامرفوعا عن جابر .

﴿ الفصل السابع ﴾

واتفقوا على انه اذا طرأ عليه الحدث فى الصلاة فقطع ان صلاة المامومينليست تفسد واختلفوا اذا صلى بهم وهو جنب وعلموا بذلك بعد الصلاة فقال قوم صلاتهم صحيحة

وقال قوم صلاتهم فاسدة، وفرق قوم بين أن يكون الامام عالما بجنابته أوناسياً لها فقالوا ان كان عالماً فسدت صلاتهم وان كان ناسيا لم تفسد صلاتهم وبالاول قال الشافعى وبالثانى قال أبوحنيفة، وبالثالث قال مالك ☆ وسبب اختلافهم هل صحة انعقاد صلاة المأموم مرتبطة بصحة صلاة الامام أم ليست مرتبطة فمن لم يرها مرتبطة قال صلاتهم جائزة ومن رآها مرتبطة قال صلاتهم فاسدة،ومن فرق بين السهو والعمد قصد الى ظاهر الاثر المتقدم وهوانه عليه الصلاة والسلام كبر في صلاة من الصلوات ثم اشار اليهم ان امكثوا فذهب ثم رجع وعلى جسمه أثر الماء فان ظاهر هذا انهم بنوا على صلاتهم والشافعي يرى انه لوكانت الصلاة مرتبطة للزم ان يبدؤا بالصلاة مرة ثانية .

﴿ الباب الثالث من الجملة الثالثة ﴾

والكلام المحيط بقواعد هذا الباب منحصر فى أربعة فصول ، الفصل الاول في وجوب الجمعة وعلى من تجب ، الثانى فى شروط الجمعة ، الثالث في أركان الجمعة ، الرابع في أحكام الجمعة .

﴿ الفصل الاول في وجوب الجمعة ومن تجب عليه ﴾

أماوجوب صلاة الجمعة على الاعيان فهو الذى عليه الجمهور لكونها بدلا من واجب وهو الظهر ولظاهر قوله تعالى (ياأيها الذين آمنوا اذا نودى للصلاة من يوم الجمعة فاسعوا الى ذكر الله وذروا البيع) والامر على الوجوب ولقوله عليه الصلاة والسلام . لينتهين اقوام عن ودعهم الجماعات أو ليختمن الله على قلوبهم،وذهب قوم الى أنها من فروض الكفايات،وعن مالك رواية شاذة انها سنة ☆ والسبب في هذا الاختلاف تشبيهها بصلاة العيد لقوله عليه الصلاة والسلام : ان هذا يوم جعله الله عيدا . وأما على من تجب فعلى من وجدت فيه شروط وجوب الصلاة المتقدمة ووجد فيه زائداً عليها أربعة شروط اثنان باتفاق واثنان مختلف فيهما . أما المتفق عليهما فالذكورة والصحة فلا تجب على امرأة ولا على مريض باتفاق ولكن ان حضروا كانوا من أهل الجمعة ، وأما المختلف فيهما فهما المسافر والعبد فالجمهور على انه لا تجب عليهما الجمعة وداود وأصحابه على أنه تجب عليهما الجمعة ☆ وسبب اختلافهم اختلافهم في صحة الاثر الوارد في ذلك وهو قوله عليه الصلاة والسلام : الجمعة حق واجب على كل مسلم في جماعة الاربعة عبد مملوك أو امرأة أو صبي أو مريض وفي أخرى الا خمسة وفيه أو مسافر والحديث لم يصح عند أكثر العلماء .

﴿ الفصل الثانى في شروط الجمعة ﴾

وأما شروط الجمعة فاتفقوا على أنها شروط الصلاة المفروضة بعينها أعنى الثمانية المتقدمة ما عدا الوقت والأذان فانهم اختلفوا فيهما وكذلك اختلفوا في شروطها المختصة بها . أما الوقت فان الجمهور على أن وقتها وقت الظهر بعينه أعنى وقت الزوال وانها لا تجوز قبل الزوال، وذهب قوم الى أنه يجوز أن تصلى قبل الزوال وهو قول أحمد بن حنبل والسبب في هذا الاختلاف الاختلاف في مفهوم الآثار الواردة في تعجيل الجمعة مثل ما خرجه البخارى عن سهل بن سعد انه قال : ما كنا نتغدى بعهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ولا نقيل الا بعد الجمعة ومثل ما روى أنهم كانوا يصلون وينصرفون وما للجدران إظلال . فمن فهم من هذه الآثار الصلاة قبل الزوال أجاز ذلك ومن لم يفهم منها الا التبكير فقط لم يجز ذلك لئلا تتعارض الاصول في هذا الباب وذلك أنه قد ثبت من حديث أنس بن مالك أن النبى صلى الله عليه وسلم : كان يصلى الجمعة حين تميل الشمس وايضا فانها لما كانت بدلا من الظهر وجب أن يكون وقتها وقت الظهر فوجب من طريق الجمع بين هذه الآثار ان تحمل تلك على التبكير اذ ليست نصا في الصلاة قبل الزوال وهو الذى عليه الجمهور . وأما الاذان فان جمهور الفقهاء اتفقوا على أن وقته هو إذا جلس الامام على المنبر . واختلفوا هل يؤذن بين يدى الامام مؤذن واحد فقط أو اكثر من واحد فذهب بعضهم الى انه انما يؤذن بين يدى الامام مؤذن واحد فقط وهو الذى يحرم به البيع والشراء وقال آخرون بل يؤذن اثنان فقط وقال قوم بل انما يؤذن ثلاثة ۞ والسبب في اختلافهم اختلاف الآثار في ذلك وذلك أنه روى البخارى عن السائب بن يزيد انه قال : كان النداء يوم الجمعة اذا جلس الامام على المنبر على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبى بكر وعمر فلما كان زمان عثمان وكثر الناس زاد النداء الثالث على الزوراء وروى ايضا عن السائب ابن يزيد انه قال لم يكن يوم الجمعة لرسول الله صلى الله عليه وسلم الا مؤذن واحد وروى أيضا عن سعيد بن المسيب انه قال كان الاذان يوم الجمعة على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وابى بكر وعمر اذانا واحدا حين يخرج الامام فلما كان زمان عثمان وكثر الناس فزاد الاذان الاول ليتهيأ الناس للجمعة وروى ابن حبيب أن المؤذنين كانوا يوم الجمعة على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ثلاثة . فذهب قوم الى ظاهر ما رواه البخارى وقالوا يؤذن يوم الجمعة مؤذنان، وذهب آخرون الى ان المؤذن واحد فقالوا ان معنى قوله فلما كان زمان عثمان وكثر الناس زاد النداء الثالث أن النداء الثانى

هو الاقامة وأخذ آخرون بما رواه ابن حبيب وأحاديث ابن حبيب عند أهل الحديث ضعيفة ولا سيما فيما انفرد به . وأما شروط الوجوب والصحة المختصة بيوم الجمعة فاتفق الكل على أن من شرطها الجماعة واختلفوا في مقدار الجماعة فمنهم من قال واحد مع الامام وهو الطبري، ومنهم من قال اثنان سوى الامام، ومنهم من قال ثلاثة دون الامام وهو قول أبي حنيفة، ومنهم من اشترط أربعين وهو قول الشافعي وأحمد، وقال قوم ثلاثين، ومنهم من لم يشترط عددا ولكن رأى انه يجوز بما دون الاربعين ولا يجوز بالثلاثة والاربعة وهو مذهب مالك وحدهم بانهم الذين يمكن ان تتقرى بهم قرية * وسبب اختلافهم في هذا اختلافهم في أقل ما ينطلق عليه اسم الجمع هل ذلك ثلاثة أو أربعة أو اثنان وهل الامام داخل فيهم أم ليس بداخل فيهم وهل الجمع المشترط في هذه الصلاة هو اقل ما ينطلق عليه اسم الجمع أو ما ينطلق عليه اسم الجمع في غالب الاحوال وذلك هو أكثر من الثلاثة والاربعة. فمن ذهب الى ان الشرط في ذلك هو أقل ما ينطلق عليه اسم الجمع وكان عنده ان اقل ما ينطلق عليه اسم الجمع اثنان فان كان ممن يعد الامام في الجمع المشترط في ذلك قال تقوم الجمعة باثنين الامام وواحد ثان وان كان ممن لا يرى ان يعد الامام في الجمع قال تقوم باثنين سوى الامام، ومن كان ايضا عنده ان اقل الجمع ثلاثة فان كان لا يعد الامام في جملتهم قال بثلاثة سوى الامام وان كان ممن يعد الامام في جملتهم وافق قول من قال اقل الجمع اثنان ولم يعد الامام في جملتهم، واما من راعى ما ينطلق عليه في الاكثر والعرف المستعمل اسم الجمع قال لا تنعقد بالاثنين ولا بالاربعة ولم يحد في ذلك حدا. ولما كان من شرط الجمعة الاستيطان عنده حد هذا الجمع بالقدر من الناس الذين يمكنهم ان يسكنوا على حدة من الناس وهو مالك رحمه الله وأما من اشترط الاربعين فصيرا الى ماروى ان هذا العدد كان في أول جمعة صليت بالناس فهذا هو أحد شروط صلاة الجمعة أعني شروط الوجوب وشروط الصحة فان من الشروط ماهي شروط وجوب فقط ومنها ما يجمع الامرين جميعا أعني انها شروط وجوب وشروط صحة . وأما الشرط الثاني وهو الاستيطان فان فقهاء الامصار اتفقوا عليه لاتفاقهم على أن الجمعة لا تجب على مسافر. وخالف في ذلك أهل الظاهر لايجابهم الجمعة على المسافر واشترط أبو حنيفة المصر والسلطان مع هذا ولم يشترط العدد * وسبب اختلافهم في هذا الباب هو الاحتمال المتطرق الى الاحوال الراتبة التي اقترنت بهذه الصلاة عند فعله اياها صلى الله عليه وسلم هل هي شرط في صحتها أو وجوبها أم ليست بشرط وذلك انه لم يصلها صلى الله عليه وسلم الا في جماعة ومصر ومسجد جامع فمن رأى ان اقتران هذه الاشياء بصلاته مما يوجب كونها شرطا في صلاة الجمعة اشترطها ومن رأى بعضها دون

بعض اشترط ذلك البعض دون غيره كاشتراط مالك المسجد وتركه اشتراط المصر والسلطان ومن هذا الموضع اختلفوا فى مسائل كثيرة من هذا الباب مثل اختلافهم هل تقام جمعتان في مصر واحد أولا تقام ✡ والسبب في اختلافهم في اشتراط الاحوال والافعال المقترنة بها هو كون بعض تلك الاحوال أشد مناسبة لافعال الصلاة من بعض ولذلك اتفقوا على اشتراط الجماعة اذ كان معلوما من الشرع انها حال من الاحوال الموجودة في الصلاة ولم ير مالك المصر ولا السلطان شرطا فى ذلك لكونه غير مناسب لاحوال الصلاة ورأى المسجد شرطا لكونه أقرب مناسبة حتى لقد اختلف المتأخرون من أصحابه هل من شرط المسجد السقف أم لا وهل من شرطه ان تكون الجمعة راتبة فيه أم لا وهذا كله لعله تعمق في هذا الباب ودين الله يسر. ولقائل أن يقول ان هذه لو كانت شروطاً في صحة الصلاة لما جاز أن يسكت عنها عليه الصلاة والسلام ولا ان يترك بيانها لقوله تعـالى (لتبين للناس ما نزل اليهم) ولقوله تعالى (ولتبين لهم الذى اختلفوا فيه) والله المرشد للصواب .

﴿ الفصل الثالث في الاركان ﴾

اتفق المسلمون على أنها خطبة وركعتان بعد الخطبة، واختلفوا من ذلك في خمس مسائل هي قواعد هذا الباب

﴿ المسئلة الاولى ﴾ في الخطبة هل هي شرط فى صحة الصلاة وركن من أركانها أم لا فذهب الجمهور الى انها شرط وركن، وقال أقوام انها ليست بفرض. وجمهور أصحاب مالك على انها فرض الا ابن الماجشون ✡ وسبب اختلافهم هو هل الاصل المتقدم من احتمال كل ما اقترن بهذه الصـلاة أن يكون من شروطها أو لا يكون فمن رأى ان الخطبة حال من الاحوال المختصة بهذه الصـلاة وبخاصة اذا توهم انها عوض من الركعتين اللتين نقصتا من هذه الصلاة قال انها ركن من أركان هذه الصلاة وشرط في صحتها. ومن رأى ان المقصود منها هو الموعظة المقصودة من سائر الخطب رأى انها ليست شرطا من شروط الصلاة وانما وقع الخلاف في هذه الخطبة هل هي فرض أم لا لكونها راتبة من سائر الخطب وقد احتج قوم لوجوبها بقوله تعـالى (فاسعوا الى ذكر الله) وقالوا هو الخطبة .

﴿ المسئلة الثانية ﴾ واختلف الذين قالوا بوجوبها في القدر المجزئ منها فقال ابن القاسم هو أقل ما ينطلق اسم خطبة في كلام العرب من الكلام المؤلف المبتدإ بحمد الله وقال الشافعي أقل ما يجزئ من ذلك خطبتان اثنتان يكون فى كل واحدة منهما

قائمًا يفصل احداها من الاخرى بجلسة خفيفة يحمد الله في كل واحدة منهما في أولها ويصلى على النبي ويوصى بتقوى الله ويقرأ شيئًا من القرآن في الاولى ويدعو في الآخرة ✩ والسبب في اختلافهم هو هل يجزئ من ذلك أقل ما ينطلق عليه الاسم اللغوى أو الاسم الشرعى فمن رأى ان المجزئ أقل ما ينطلق عليه الاسم اللغوى لم يشترط فيها شيئًا من الاقوال التى نقلت عنه صلى الله عليه وسلم فيها، ومن رأى ان المجزئ من ذلك أقل ما ينطلق عليه الاسم الشرعى اشترط فيها أصول الاقوال التى نقلت من خطبه صلى الله عليه وسلم أعنى الاقوال الراتبة الغير مبدلة ✩ والسبب في هذا الاختلاف أن الخطبة التى نقلت عنه فيها أقوال راتبة وغير راتبة فمن اعتبر الاقوال الغير راتبة وغلب حكمها قال يكفى من ذلك أقل ما ينطلق عليه الاسم اللغوى أعنى اسم خطبة عند العرب ومن اعتبر الاقوال الراتبة وغلب حكمها قال لا يجزىء من ذلك الا أقل ما ينطلق عليه اسم الخطبة في عرف الشرع واستعماله وليس من شرط الخطبة عند مالك الجلوس وهو شرط كما قلنا عند الشافعى وذلك انه من اعتبر المعنى المعقول منه من كونه استراحة للخطيب لم يجعله شرطًا ومن جعل ذلك عبادة جعله شرطًا.

(المسئلة الثالثة) اختلفوا في الانصات يوم الجمعة والامام يخطب على ثلاثة أقوال، فنهم من رأى أن الانصات واجب على كل حال وانه حكم لازم من أحكام الخطبة وهم الجمهور مالك والشافعى وأبو حنيفة واحمد بن حنبل وجميع فقهاء الامصار وهؤلاء انقسموا ثلاثة أقسام، فبعضهم أجاز التشميت ورد السلام فى وقت الخطبة وبه قال الثورى والاوزاعى وغيرهم، وبعضهم لم يجز رد السلام ولا التشميت، وبعض فرق بين السلام والتشميت فقالوا يرد السلام ولا يشمت والقول الثانى مقابل القول الاول وهو أن الكلام في حال الخطبة جائز الا في حين قراءة القرآن فيها وهو مروى عن الشعبى وسعيد بن جبير وابراهيم النخعى والقول الثالث الفرق بين أن يسمع الخطبة أو لا يسمعها فان سمعها أنصت وان لم يسمع جاز له أن يسبح أو يتكلم في مسئلة من العلم وبه قال أحمد وعطاء وجماعة والجمهور على أنه ان تكلم لم تفسد صلاته وروى عن ابن وهب انه قال من لغا فصلاته ظهر اربع وانما صار الجمهور لوجوب الانصات لحديث أبى هريرة ان النبى عليه الصلاة والسلام قال: اذا قلت لصاحبك أنصت يوم الجمعة والامام يخطب فقد لغوت وأما من لم يوجبه فلا أعلم لهم شبهة الا أن يكونوا يرون أن هذا الامر قد عارضه دليل الخطاب في قوله تعالى (واذا قرىء القرآن فاستمعوا له وأنصتوا لعلكم ترحمون) أى أن ماعدا القرآن فليس يجب له الانصات وهذا فيه ضعف والله أعلم والاشبه أن يكون هذا الحديث لم يصلهم ✩ وأما اختلافهم فى رد السلام وتشميت العاطس

فالسبب فيه تعارض عموم الامر بذلك لعموم الامر بالانصات واحتمال أن يكون كل واحد منهما مستثنى من صاحبه فمن استثنى من عموم الامر بالصمت يوم الجمعة الامر بالسلام والتشميت أجازهما ومن استثنى من عموم الامر برد السلام والتشميت الامر بالصمت في حين الخطبة لم يجز ذلك؛ ومن فرق فانه استثنى رد السلام من النهى عن التكلم في الخطبة واستثنى من عموم الامر التشميت وقت الخطبة وانما ذهب واحد واحد من هؤلاء الى واحد واحد من هذه المستثنيات لما غلب على ظنه من قوة العموم في أحدها وضعفه في الآخر وذلك ان الامر بالصمت هو عام في الكلام خاص في الوقت والامر برد السلام والتشميت هو عام في الوقت خاص في الكلام فمن استثنى الزمان الخاص من الكلام العام لم يجز رد السلام ولا التشميت في وقت الخطبة،ومن استثنى الكلام الخاص من النهى عن الكلام العام أجاز ذلك. والصواب الايصار لاستثناء أحد العمومين باحد الخصوصين الابدليل فان عسرذلك فبالنظر في ترجيح العمومات والخصوصات وترجيح تأكيد الاوامر بها والقول في تفصيل ذلك يطول ولكن معرفة ذلك بايجاز أنه ان كانت الاوامر قوتها واحدة والعمومات والخصوصات قوتها واحدة ولم يكن هنالك دليل على أي يستثنى من أى وقع التمانع ضرورة وهذا يقل وجوده وان لم يكن فوجه الترجيح في العمومات والخصوصات الواقعة في أمثال هذه المواضع هو النظر الى جميع اقسام النسب الواقع بين الخصوصين والعمومين وهي أربع عمومان في مرتبة واحدة من القوة وخصوصان في مرتبة واحدة من القوة فهذا لايصار لاستثناء أحدهما الابدليل ، الثاني مقابل هذا وهو خصوص في نهاية القوة وعموم في نهاية الضعف فهذا يجب أن يصار اليه ولا بد أعني أن يستثنى من العموم الخصوص، الثالث خصوصان في مرتبة واحدة وأحد العمومين أضعف من الثاني فهذا ينبغي أن يخصص فيه العموم الضعيف ، الرابع عمومان في مرتبة واحدة وأحد الخصوصين أقوى من الثاني فهذا يجب أن يكون الحكم فيه للخصوص القوى وهذا كله اذا تساوت الاوامر فيها في مفهوم التأكيد فان اختلفت حدثت من ذلك تراكيب مختلفة ووجبت المقايسة أيضاً بين قوة الالفاظ وقوة الاوامر ولعسر انضباط هذه الاشياء قيل ان كل مجتهد مصيب أوأقل ذلك غير مأثوم .

(المسئلة الرابعة) اختلفوا فيمن جاء يوم الجمعة والامام على المنبر هل يركع أم لا فذهب بعض الى أنه لايركع وهو مذهب مالك؛ وذهب بعضهم الى أنه يركع ✡ والسبب في اختلافهم معارضة القياس لعموم الاثر وذلك ان عموم قوله عليه الصلاة والسلام : اذا جاء أحدكم المسجد فليركع ركعتين يوجب أن يركع الداخل في المسجد يوم الجمعة وان

كان الامام يخطب والأمر بالانصات الى الخطيب يوجب دليله ألا يشتغل بشيء مما يشغل عن الانصات وان كان عبادة ويؤيد عموم هذا الأثر ما ثبت من قوله عليه الصلاة والسلام: اذا جاء أحدكم المسجد والامام يخطب فليركع ركعتين خفيفتين خرجه مسلم في بعض رواياته وأكثر رواياته أن النبي عليه الصلاة والسلام أمر الرجل الداخل ان يركع ولم يقل اذا جاء أحدكم الحديث فيتطرق الى هذا الخلاف في هل تقبل زيادة الراوى الواحد اذا خالفه أصحابه عن الشيخ الاول الذى اجتمعوا في الرواية عنه أم لا فان صحت الزيادة ووجب العمل بها فانها نص في موضع الخلاف والنص لا يجب أن يعارض بالقياس لكن يشبه أن يكون الذى راعاه مالك في هذا هو العمل.

﴿ المسئلة الخامسة ﴾ أكثر الفقهاء على أن من سنة القراءة في صلاة الجمعة قراءة سورة الجمعة في الركعة الاولى لما تكرر ذلك من فعله عليه الصلاة والسلام وذلك انه خرج مسلم عن أبى هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم: كان يقرأ في الركعة الاولى بالجمعة وفى الثانية باذا جاءك المنافقون، وروى مالك أن الضحاك بن قيس سأل النعمان بن بشير ماذا كان يقرأ به رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم الجمعة على أثر سورة الجمعة قال كان يقرأ بهل أتاك حديث الغاشية، واستحب مالك العمل على هذا الحديث وان قرأ عنده بسبح اسم ربك الاعلى كان حسنا لانه مروى عن عمر بن عبد العزيز، وأما أبو حنيفة فلم يقف فيها شيأ * والسبب في اختلافهم معارضة حال الفعل للقياس وذلك ان القياس يوجب ألا يكون لها سورة راتبة كالحال في سائر الصلوات ودليل الفعل يقضى ان يكون لها سورة راتبة (قال القاضى) خرج مسلم عن النعمان بن بشير أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يقرأ في العيدين وفي الجمعة بسبح اسم ربك الاعلى وهل أتاك حديث الغاشية قال فاذا اجتمع العيد والجمعة في يوم واحد قرأ بهما في الصلاتين وهذا يدل على أنه ليس هنالك سورة راتبة وان الجمعة ليس كان يقرأ بها دائما.

﴿ الفصل الرابع في أحكام الجمعة ﴾

وفي هذا الباب أربع مسائل، الاولى في حكم طهر الجمعة، الثانية على من تجب من خارج المصر، الثالثة وقت الرواح المرغب فيه الى الجمعة، الرابعة فى جواز البيع يوم الجمعة بعد النداء.

﴿ المسئلة الاولى ﴾ اختلفوا في طهر الجمعة فذهب الجمهور الى أنه سنة، وذهب أهل الظاهر الى أنه فرض ولا خلاف فيما أعلم أنه ليس شرطا في صحة الصلاة * والسبب في اختلافهم تعارض الآثار وذلك ان في هذا الباب حديث أبى سعيد الخدرى وهو

قوله عليه الصلاة والسلام : طهر يوم الجمعة واجب على كل محتلم كطهر الجنابة وفيه حديث عائشة قالت . كان الناس عمال أنفسهم فيروحون الى الجمعة بهيئتهم فقيل لو اغتسلتم والأول صحيح باتفاق والثانى خرجه أبو داود ومسلم وظاهر حديث أبى سعيد يقتضى وجوب الغسل وظاهر حديث عائشة ان ذلك كان لموضع النظافة وأنه ليس عبادة وقد روى . من توضأ يوم الجمعة فبها ونعمت ومن اغتسل فالغسل أفضل وهو نص في سقوط فرضيته الا أنه حديث ضعيف .

وأما وجوب الجمعة على من هو خارج المصر فان قوما قالوا الا تجب على من خارج وقوم قالوا بل تجب.وهؤلاء اختلفوا اختلافا كثيرا فمنهم من قال من كان بينه وبين الجمعة مسيرة يوم وجب عليه الاتيان اليها وهو شاذ،ومنهم من قال يجب عليه الاتيان اليها على ثلاثة أميال، ومنهم من قال يجب عليه الاتيان من حيث يسمع النداء في الاغلب وذلك من ثلاثة أميال من موضع النداء وهذان القولان عن مالك وهذه المسئلة ثبتت في شروط الوجوب *وسبب اختلافهم في هذاالباب اختلاف الآثاروذلك أنه ورد الناس كانوا يأتون الجمعة من العوالى في زمان النبي صلى الله عليه وسلم وذلك ثلاثة أميال من المدينة وروى أبو داود أن النبي عليه الصلاة والسلام قال : الجمعةعلى من سمع النداء وروى . الجمعة على من آواه الليل الى أهله وهو أثر ضعيف .

وأما اختلافهم في الساعات التى وردت في فضل الرواح وهوقوله عليه الصلاةوالسلام من راح في الساعة الاولى فكانما قرب بدنة ومن راح في الساعة الثانية فكانما قرب بقرة ومن راح في الساعة الثالثة فكانما قرب كبشا ومن راح في الساعة الرابعة فكانما قرب دجاجة ومن راح في الساعة الخامسة فكانما قرب بيضة فان الشافعى وجماعة من العلماء اعتقدوا ان هذه الساعات هى ساعات النهار فندبوا الى الرواح من أول النهار وذهب مالك أنها أجزاء ساعة واحدة قبل الزوال وبعده،وقال قوم هى أجزاءساعة قبل الزوال وهو الاظهر لوجوب السعى بعد الزوال الا على مذهب من يرى ان الواجب يدخله الفضيلة .

وأما اختلافهم في البيع والشراء وقت النداء فان قوما قالو يفسخ البيع اذا وقع وقت النداء،وقوما قالوا لايفسخ * وسبب اختلافهم هل النهى عن الشيء الذى أصله مباح اذا تقيد النهى بصفة يعود لفساد المنهى عنه أم . وآداب الجمعة ثلاث الطيب والسواك واللباس الحسن ولا خلاف فيه لورود الآثار بذلك .

﴿ الباب الرابع في صلاة السفر ﴾

﴿ وهذا الباب فيه فصلان : الفصل الاول في القصر، الفصل الثانى في الجمع ﴾

﴿ الفصل الاول في القصر ﴾

والسفر له تأثير في القصر باتفاق وفي الجمع باختلاف . اما القصر فانه اتفق العلماء جواز قصر الصلاة للمسافر الا قول شاذ وهوقول عائشة وهو أن القصر لايجوز الا للخائف لقوله تعالى (ان خفتم أن يفتنكم الذين كفروا) وقالوا ان النبي عليه الصلاة والسلام إنما قصر لانه كان خائفا . واختلفوا من ذلك في خمسة مواضع . أحدها في حكم القصر . والثانى في المسافة التى يجب فيها القصر . والثالث في السفر الذى يجب فيه القصر . والرابع في الموضع الذى يبدأ منه المسافر بالتقصير . والخامس في مقدار الزمان الذى يجوز للمسافر فيه اذا أقام في موضع أن يقصر الصلاة .

فاما حكم القصر فانهم اختلفوا فيه على أربعة أقوال. فنهم من رأى ان القصر هو فرض المسافر المتعين عليه، ومنهم من رأى أن القصر والاتمام كلاهما فرض مخير له كالخيار في واجب الكفارة، ومنهم من رأى ان القصر سنة، ومنهم من رأى انه رخصة وان الاتمام أفضل وبالقول الاول قال أبو حنيفة وأصحابه والكوفيون بأسرهم أعنى انه فرض متعين وبالثاني قال بعض أصحاب الشافعي وبالثالث أعنى أنه سنة قال مالك فى إشهر الروايات عنه وبالرابع أعنى أنه رخصة قال الشافعي في أشهر الروايات عنه وهو المنصور عند أصحابه * والسبب في اختلافهم معارضة المعنى المعقول لصيغة اللفظ المنقول ومعارضة دليل الفعل أيضا للمعنى المعقول ولصيغة اللفظ المنقول وذلك أن المفهوم من قصر الصلاة للمسافر انما هو الرخصة لموضع المشقة كما رخص له في الفطر وفي أشياء كثيرة ويؤيد هذا حديث يعلى بن أمية قال. قلت لعمر : انما قال الله (ان خفتم أن يفتنكم الذين كفروا) يريد فى قصر الصلاة فى السفر فقال عمر عجبت مما عجبت منه فسألت رسول الله صلى الله عليه وسلم عما سألتنى عنه فقال صدقة تصدق الله بها عليكم فاقبلوا صدقته فمفهوم هذا الرخصة وحديث أبى قلابة عن رجل من بنى عامر أنه أتى النبي صلى الله عليه وسلم فقال له النبي : ان الله وضع عن المسافر الصوم وشطر الصلاة وهما في الصحيح وهذا كله يدل على التخفيف والرخصة ورفع الحرج لا ان القصر هو الواجب ولا أنه سنة وأما الاثر الذى يعارض بصيغته المعنى المعقول ومفهوم هذه الآثار فحديث عائشة الثابت باتفاق قالت : فرضت الصلاة ركعتين ركعتين فأقرت صلاة السفر وزيد في صلاة

الحضر.واما دليل الفعل الذى يعارض المعنى المعقول ومفهوم الاثر المنقول فانه ما نقل عنه عليه الصلاة والسلام من قصر الصلاة في كل اسفاره وأنه لم يصح عنه عليه الصلاة والسلام انه أتم الصلاة قط فمن ذهب الى أنه سنة أوواجب مخير فانما حمله على ذلك أنه لم يصح عنده ان النبي عليه الصلاة والسلام أتم الصلاة وماهذا شأنه فقد يجب أن يكون أحد الوجهين أعني اما واجبا مخيرا واما أن يكون سنة،واما ان يكون فرضا معينا لكن كونه فرضا معينا يعارضه المعنى المعقول وكونه رخصة يعارضه اللفظ المنقول فوجب أن يكون واجبا مخيراً أو سنة وكان هذا نوعا من طريق الجمع وقد اعتلوا لحديث عائشة بالمشهور عنها من انها كانت تتم وروى عطاء عنها أن النبي صلى الله عليه وسلم : كان يتم الصلاة في السفر ويقصر ويصوم ويفطر ويؤخر الظهر ويعجل العصر ويؤخر المغرب ويعجل العشاء ومما يعارضه أيضاً حديث أنس وأبى نجيح المكى قال : اصطحب أصحاب محمد صلى الله عليه وسلم فكان بعضهم يتم وبعضهم يقصر وبعضهم يصوم وبعضهم يفطر فلا يعيب هؤلاء على هؤلاء ولا هؤلاء على هؤلاء ولم يختلف في اتمام الصلاة عن عثمان وعائشة فهذا هو اختلافهم في الموضع الاول .

وأما اختلافهم في الموضع الثانى وهي المسافة التى يجوز فيها القصر فان العلماء اختلفوا في ذلك أيضا اختلافا كثيراً فذهب مالك والشافعي وأحمد وجماعة كثيرة الى أن الصلاة تقصر في أربعة برد وذلك مسيرة يوم بالسير الوسط، وقال أبو حنيفة وأصحابه والكوفيون أقل ما تقصر فيه الصلاة ثلاثة أيام وان القصر انما هو لمن سار من أفق الى افق،وقال أهل الظاهر القصر في كل سفر قريبا كان أو بعيداً،والسبب في اختلافهم معارضة المعنى المعقول من ذلك اللفظ وذلك ان المعقول من تأثير السفر في القصر انه لمكان المشقة الموجودة فيه مثل تأثيره في الصوم واذا كان الامر على ذلك فيجب القصر حيث المشقة ، وأما من لا يراعى فى ذلك الا اللفظ فقط فقالوا قد قال النبي عليه الصلاة والسلام : ان الله وضع عن المسافر الصوم وشطر الصلاة فكل من انطلق عليه اسم مسافر جاز له القصر والفطر وأيدوا ذلك بما رواه مسلم عن عمر بن الخطاب أن النبي عليه الصلاة والسلام : كان يقصر في نحو السبعة عشر ميلا ، وذهب قوم الى خامس كما قلنا وهو ان القصر لا يجوز الا للخائف لقوله تعالى (ان خفتم أن يفتنكم الذين كفروا) وقد قيل أنه مذهب عائشة وقالوا أن النبي انما قصر لانه كان خائفا.وأما اختلاف أولئك الذين اعتبروا المشقة فسببه اختلاف الصحابة في ذلك وذلك ان مذهب الاربعة برد مروى عن ابن عمر وابن

عباس رواه مالك ، ومذهب الثلاثة أيام مروى أيضا عن ابن مسعود وعثمان وغيرهما .

وأما الموضع الثالث وهو اختلافهم فى نوع السفر الذى تقصر فيه الصلاة فرأى بعضهم ان ذلك مقصور على السفر المتقرب به كالحج والعمرة والجهاد وممن قال بهذا القول أحمد ومنهم من أجازه في السفر المباح دون سفر المعصية وبهذ القول قال مالك والشافعى، ومنهم من أجازه في كل سفر قربة كان أو مباحا وأ معصية وبه قال أبو حنيفة وأصحابه والثورى وأبو ثور ✡ والسبب في اختلافهم معارضة المعنى المعقول أو ظاهر اللفظ لدليل الفعل وذلك ان من اعتبر المشقة أو ظاهر لفظ السفر لم يفرق بين سفر وسفر وأما من اعتبر دليل الفعل قال انه لا يجوز الا فى السفر المتقرب به لان النبى عليه الصلاة والسلام لم يقصر قط الا في سفر متقرب به ، واما من فرق بين المباح والمعصية فعلى جهة التغليظ والاصل فيه هل تجوز الرخص للعصاة أم لا وهذه مسئلة عارض فيها اللفظ المعنى فاختلف الناس فيها لذلك .

واما الموضع الرابع وهو اختلافهم فى الموضع الذى منه يبدأ المسافر بقصر الصلاة فان مالكا قال فى الموطأ لا يقصر الصلاة الذى يريد السفر حتى يخرج من بيوت القرية ولا يتم حتى يدخل أول بيوتها وقد روى عنه أنه لا يقصر اذا كانت قرية جامعة حتى يكون منها بنحو ثلاثة أميال وذلك عنده اقصى ما تجب فيه الجمعة على من كان خارج المصر فى احدى الروايتين عنه وبالقول الأول قال الجمهور ✡ والسبب فى هذا الاختلاف معارضة مفهوم الاسم لدليل الفعل وذلك انه اذا شرع فى السفر فقد انطلق عليه اسم مسافر فمن راعى مفهوم الاسم قال اذا خرج من بيوت القرية قصر ومن راعى دليل الفعل أعنى فعله عليه الصلاة والسلام قال لا يقصر الا اذا خرج من بيوت القرية بثلاثة أميال لما صح من حديث أنس قال كان النبي صلى الله عليه وسلم ؛ اذا خرج مسيرة ثلاثة أميال أو ثلاثة فراسخ شعبة الشاك صلى ركعتين .

وأما اختلافهم في الزمان الذى يجوز للمسافر اذا أقام فيه في بلد أن يقصر فاختلاف كثير حكى فيه أبو عمر نحوا من أحد عشر قولا الا ان الاشهر منها هو ما عليه فقهاء الامصار ولهم في ذلك ثلاثة أقوال . أحدها مذهب مالك والشافعى انه اذا ازمع المسافر على إقامة أربعة أيام أتم ؛ والثانى مذهب أبى حنيفة وسفيان الثورى انه اذا أزمع على اقامة خمسة عشر يوما أتم ، والثالث مذهب أحمد وداود انه اذا أزمع على أكثر من أربعة أيام أتم ✡ وسبب الخلاف انه أمر مسكوت عنه في الشرع والقياس على التحديد ضعيف عند الجميع ولذلك رام هؤلاء كلهم ان يستدلوا لمذهبهم

من الاحوال التى نقلت عنه عليه الصلاة والسلام أنه أقام فيها مقصراً أو أنه جعل لها حكم المسافر . فالفريق الاول احتجوا لمذهبهم بماروى انه عليه الصلاة والسلام أقام بمكة ثلاثا يقصر في عمرته وهذا ليس فيه حجة على انه النهاية للتقصير وانما فيه حجة على أنه يقصر في الثلاثة فما دونها ، والفريق الثانى احتجوا لمذهبهم بماروى : انه أقام بمكة عام الفتح مقصرا وذلك نحوا من خمسة عشر يوما في بعض الروايات وقدروى سبعة عشر يوما وثمانية عشر يوما وتسعة عشر يوما رواه البخارى عن ابن عباس وبكل قال فريق ، والفريق الثالث احتجوا بمقامه في حجه بمكة مقصرا أربعة أيام وقد احتجت المالكية لمذهبها أن رسول الله صلى الله عليه وسلم جعل للمهاجر مقام ثلاثة أيام بمكة بعد قضاء نسكه فدل هذا عندهم على ان أقامة ثلاثة أيام ليست تسلب عن المقيم فيها اسم السفر وهي النكتة التى ذهب الجميع اليها وراموا استنباطها من فعله عليه الصلاة والسلام أعنى متى يرتفع عنه بقصد الاقامة اسم السفر ولذلك اتفقوا على انه ان كانت الاقامة مدة لايرتفع فيها عنه اسم السفر بحسب رأى واحد منهم في تلك المدة وعاقه عائق عن السفر أنه يقصر أبدا وان أقام ماشاء الله ، ومن راعى الزمان الاقل من فقامه تأول مقامه في الزمان الاكثر مما ادعاه خصمه على هذه الجهة فقالت المالكية مثلا ان الخمسة عشر يوما التى أقامها عليه الصلاة والسلام عام الفتح انما أقامها وهو أبدا ينوى انه لا يقيم أربعة أيام وهذا بعينه يلزمهم في الزمان الذى حدوه والاشبه بالمجتهد في هذا أن يسلك أحد أمرين إما أن يجعل الحكم لاكثر الزمان الذى روى عنه عليه الصلاة والسلام أنه أقام فيه مقصرا ويجعل ذلك حداً من جهة ان الاصل هو الاتمام فوجب ألا يزاد على هذا الزمان الا بدليل أو يقول ان الاصل في هذا هو أقل الزمان الذى وقع عليه الاجماع وماورد من أنه عليه الصلاة والسلام اقام مقصراً أكثر من ذلك الزمان فيحتمل أن يكون اقامه لانه جائز للمسافر ويحتمل أن يكون اقامه بنية الزمان الذى تجوز اقامته فيه مقصراً باتفاق فعرض له ان أقام أكثر من ذلك واذا كان الاحتمال وجب التمسك بالاصل وأقل ماقيل في ذلك يوم وليلة وهو قول ربيعة بن أبى عبد الرحمن وروى عن الحسن البصرى ان المسافر يقصر أبداً الا ان يقدم مصراً من الامصار وهذا بناء على ان اسم السفر واقع عليه حتى يقدم مصراً من الامصار فهذه أمهات المسائل التى تتعلق بالقصر .

الفصل الثانى في الجمع

وأما الجمع فانه يتعلق بمسائل ثلاثة ، أحدها جوازه ، والثانية في صفة الجمع ، والثالثة في مبيحات الجمع .

اما جوازه فانهم أجمعوا على ان الجمع بين الظهر والعصر في وقت الظهر بعرفة سنة . وبين المغرب والعشاء بالمزدلفة أيضا في وقت العشاء سنة أيضا . واختلفوا في الجمع في غير هذين المكانين فاجازه الجمهور على اختلاف بينهم في المواضع التي يجوز فيها من التي لا يجوز، ومنعه أبو حنيفة وأصحابه باطلاق * وسبب اختلافهم أولا اختلافهم في تأويل الآثار التي رويت في الجمع والاستدلال منها على جواز الجمع لانها كلها افعال وليست اقوالا والافعال يتطرق الاحتمال اليها كثيراً أكثر من تطرقه الى اللفظ وثانيا اختلافهم أيضاً في تصحيح بعضها وثالثا اختلافهم أيضاً في اجازة القياس في ذلك فهي ثلاثة أسباب كما ترى . اما الآثار التي اختلفوا في تأويلها . فمنها حديث أنس الثابت باتفاق أخرجه البخاري ومسلم قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم : اذا ارتحل قبل أن تزيغ الشمس أخر الظهر الى وقت العصر ثم نزل فجمع بينهما فان زاغت الشمس قبل ان يرتحل صلى الظهر ثم ركب، ومنها حديث ابن عمر أخرجه الشيخان أيضا قال رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم : اذا عجل به السير في السفر يؤخر المغرب حتى يجمع بينها وبين العشاء . والحديث الثالث حديث ابن عباس خرجه مالك ومسلم قال صلى رسول الله صلى الله عليه وسلم الظهر والعصر جميعاً والمغرب والعشاء جميعاً في غير خوف ولا سفر فذهب القائلون بجواز الجمع في تأويل هذه الاحاديث الى انه أخر الظهر الى وقت العصر المختص بها وجمع بينهما وذهب الكوفيون الى انه انما أوقع صلاة الظهر في آخر وقتها وصلاة العصر في أول وقتها على ما جاء في حديث امامة جبريل قالوا وعلى هذا يصح حمل حديث ابن عباس لانه قد انعقد الاجماع انه لا يجوز هذا في الحضر لغير عذر أعني ان تصلى الصلاتان معاً في وقت احداهما واحتجوا لتأويلهم أيضا بحديث ابن مسعود قال : والذي لا إله غيره ماصلى رسول الله صلى الله عليه وسلم صلاة قط الا في وقتها الا صلاتين جمع بين الظهر والعصر بعرفة وبين المغرب والعشاء بجمع قالوا وأيضا فهذه الآثار محتملة ان تكون على ماتأولناه نحن أو تأولتموه أنتم وقد صح توقيت الصلاة وتبيانها في الاوقات فلا يجوز أن تنتقل عن أصل ثابت بأمر محتمل . واما الاثر الذي اختلفوا في تصحيحه فمارواه مالك من حديث معاذ بن جبل انهم خرجوا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم عام تبوك فكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يجمع بين الظهر والعصر والمغرب والعشاء قال فأخر الصلاة يوما ثم خرج فصلى الظهر والعصر جميعا ثم دخل ثم خرج فصلى المغرب والعشاء جميعا وهذا الحديث لو صح لكان أظهر من تلك الاحاديث في اجازة الجمع لان ظاهره انه قدم العشاء الى وقت المغرب وان كان لهم أن يقولوا انه أخر المغرب الى آخر وقتها وصلى العشاء في أول وقتها لانه ليس في الحديث أمر مقطوع به على ذلك

بل لفظ الراوى محتمل . واما اختلافهم في اجازة القياس فى ذلك فهو أن يلحق سائر الصلوات في السفر بصلاة عرفة والمزدلفة أعنى ان يجاز الجمع قياسا على تلك فيقال مثلا صلاة وجبت فى سفر فجاز أن يجمع أصله جمع الناس بعرفة والمزدلفة وهو مذهب سالم بن عبد الله أعنى جواز هذا القياس لكن القياس في العبادات يضعف فهذه هي أسباب الخلاف الواقع في جواز الجمع .

(أما المسئلة الثانية) وهي صورة الجمع فاختلف فيه أيضا القائلون بالجمع أعنى في السفر. فنهم من رأى ان الاختيار ان تؤخر الصلاة الاولى وتصلى مع الثانية وان جمعتا معا في أول وقت الاولى جاز وهي احدى الروايتين عن مالك ومنهم من سوى بين الامرين أعنى ان يقدم الآخرة الى وقت الاولى أو يعكس الامر وهو مذهب الشافعى وهي رواية أهل المدينة عن مالك والأولى رواية ابن القاسم عنه وانما كان الاختيار عند مالك هذا النوع من الجمع لانه الثابت من حديث أنس ومن سوى بينهما فصيرا الى انه لا يرجح بالعدالة أعنى انه لا يفضل عدالة عدالة فى وجوب العمل بها ومعنى هذا أنه اذا صح حديث معاذ وجب العمل به كما وجب بحديث أنس اذا كان رواة الحديثين عدولا وان كان رواة أحد الحديثين أعدل .

(واما المسئلة الثالثة) وهى الاسباب المبيحة للجمع فاتفق القائلون بجواز الجمع على ان السفر منها . واختلفوا في الجمع في الحضر وفي شروط السفر المبيح له وذلك ان السفر منهم من جعله سببا مبيحا للجمع أى سفر كان وباى صفة كان، ومنهم من اشترط فيه ضربا من السير ونوعا من أنواع السفر فاما الذى اشترط فيه ضربا من السير فهو مالك فى رواية ابن القاسم عنه وذلك انه قال لا يجمع المسافر الا ان يجد به السير، ومنهم من لم يشترط ذلك وهو الشافعى وهي احدى الروايتين عن مالك ومن ذهب هذا المذهب فانما راعى قول ابن عمر : كان رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا عجل به السير الحديث، ومن لم يذهب هذا المذهب فانما راعى ظاهر حديث أنس وغيره . وكذلك اختلفوا كما قلنا فى نوع السفر الذى يجوز فيه الجمع فنهم من قال هو سفر القربة كالحج والغزو وهو ظاهر رواية ابن القاسم ، ومنهم من قال هو السفر المباح دون سفر المعصية وهو قول الشافعى وظاهر رواية المدنيين عن مالك * والسبب فى اختلافهم في هذا هو السبب في اختلافهم في السفر الذى تقصر فيه الصلاة وان كان هنالك التعميم لان القصر نقل قولا وفعلا والجمع انما نقل فعلا فقط فمن اقتصر به على نوع السفر الذى جمع فيه رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يجزه في غيره ومن فهم منه الرخصة للمسافر عداه الى غيره من الاسفار . واما الجمع في الحضر لغير عذر فان مالكا وأكثر الفقهاء لا يجيزونه وأجاز

ذلك جماعة من أهل الظاهر وأشهب من أصحاب مالك * وسبب اختلافهم اختلافهم في مفهوم حديث ابن عباس فنهم من تأوله على انه كان فى مطر كما قال مالك، ومنهم من أخذ بعمومه مطلقاً وقدخرج مسلم زيادة فى حديثه وهو قوله عليه الصلاة والسلام: في غير خوف ولا سفر ولا مطر وبهذا تمسك أهل الظاهر . وأما الجمع فى الحضر لعذر المطر فاجازه الشافعي ليلا كان أونهارا ومنعه مالك في النهار وأجازه في الليل وأجازه أيضا في الطين دون المطر في الليل وقد عذل الشافعي مالكا في تفريقه من صلاة النهار في ذلك وصلاة الليل لانه روى الحديث وتاوله أعنى خصص عمومه من جهة القياس وذلك انه قال في قول ابن عباس : جمع رسول الله صلى الله عليه وسلم بين الظهر والعصر والمغرب والعشاء في غير خوف ولاسفر أرى ذلك كان في مطر قال فلم ياخذ بعموم الحديث ولا بتاويله أعنى تخصيصه بل رد بعضه وتاول بعضه وذلك شيء لايجوز باجماع وذلك انه لم ياخذ بقوله فيه جمع بين الظهر والعصر وأخذ بقوله والمغرب والعشاء وتاوله وأحسب ان مالكا رحمه الله انما رد بعض هذا الحديث لانه عارضه العمل فاخذ منه بالبعض الذى لم يعارضه العمل وهو الجمع في الحضر بين المغرب والعشاء على ماروى ان ابن عمر كان اذا جمع الامراء بين المغرب والعشاء جمع معهم لكن النظر في هذا الاصل الذى هو العمل كيف يكون دليلا شرعيا فيه نظر . فان متقدمي شيوخ المالكية كانوا يقولون انه من باب الاجماع وذلك لاوجه له فان اجماع البعض لايحتج به وكان متاخروهم يقولون انه من باب نقل التواتر ويحتجون في ذلك بالصاع وغيره مما نقله أهل المدينة خلفا عن سلف والعمل انما هو فعل والفعل لايفيد التواتر الاان يقترن بالقول فان التواتر طريقه الخبر لاالعمل وبأن جعل الافعال تفيد التواتر عسير بل لعله ممنوع والاشبه عندى أن يكون من باب عموم البلوى الذى يذهب اليه أبو حنيفة وذلك أنه لايجوز ان يكون أمثال هذه السنن مع تكررها وتكرر وقوع أسبابها غير ملسوخة ويذهب العمل بها على أهل المدينة الذين تلقوا العمل بالسنن خلفا عن سلف وهو أقوى من عموم البلوى الذى يذهب اليه أبو حنيفة لان أهل المدينة أحرى ان لايذهب ذلك عليهم من غيرهم من الناس الذين يعتبرهم أبو حنيفة في طريق النقل وبالجملة العمل لايشك أنه قرينة اذا اقترنت بالشيء المنقول ان وافقته افادت به غلبة ظن وان خالفته افادت به ضعف ظن: فاما هل تبلغ هذه القرينة مبلغا ترد بها أخبار الآحاد الثابتة ففيه نظر وعسى انها تبلغ في بعض ولاتبلغ فى بعض لتفاضل الاشياء في شدة عموم البلوى بها وذلك انه كلما كانت السنة الحاجة اليها أمس وهي كثيرة التكرار على المكلفين كان نقلها من طريق الآحاد من غير أن ينتشر قولا أو عملا فيه ضعف وذلك أنه

يوجب ذلك أحد أمرين . اما أنها منسوخة ، واما ان النقل فيه اختلال وقد بين ذلك المتكلمون كابى المعالى وغيره. واما الجمع في الحضر للمريض فان مالكا أباحه له اذا خاف أن يغمى عليه أو كان به بطن ومنع ذلك الشافعى* والسبب فى اختلافهم هو اختلافهم فى تعدى علة الجمع في السفر أعنى المشقة فمن طرد العلة رأى ان هذا من باب الاولى والاحرى وذلك ان المشقة على المريض في أفراد الصلوات أشد منها على المسافر ومن لم يعد هـذه العلة وجعلها كما يقولون قاصرة أى خاصة بذلك الحكم دون غيره لم يجز ذلك .

﴿ الباب الخامس من الجملة الثالثة وهو القول في صلاة الخوف ﴾

اختلف العلماء في جواز صلاة الخوف بعد النبي عليه الصلاة والسلام وفي صفتها. فأكثر العلماء على ان صلاة الخوف جائزة لعموم قوله تعالى (واذا ضربتم فى الارض فليس عليكم جناح أن تقصروا) الآية ولما ثبت ذلك من فعله عليه الصلاة والسلام وعمل الائمة والخلفاء بعده بذلك. وشذ أبو يوسف من أصحاب أبى حنيفة فقال لاتصلى صلاة الخوف بعد النبي صلى الله عليه وسلم بامام واحد وانما تصلى بعده بامامين يصلى وأحد منهما بطائفة ركعتين ثم يصلى الآخر بطائفة أخرى وهي الحارسة ركعتين أيضا وتحرس التى قد صلت* والسبب في اختلافهم هل صلاة النبي باصحابه صلاة الخوف هي عبادة أو هي لمـكان فضل النبي صلى الله عليه وسلم . فمن رأى أنها عبادة لم ير أنها خاصة بالنبي عليه الصلاة والسلام ومن رآها لمكان فضل النبي عليه الصلاة والسلام رآها خاصة بالنبي عليه الصلاة والسلام والا فقد كان ممكنا أن ينقسم الناس على امامين وانما كان ضرورة اجتماعهم على امام واحد خاصة من خواص النبي عليه الصلاة والسلام وتأيد عنده هذا التأويل بدليل الخطاب المفهوم من قوله تعالى (واذا كنت فيهم فأقمت لهم الصلاة) الآية ومفهوم الخطاب انه اذا لم يكن فيهم فالحكم غير هذا الحكم وقد ذهبت طائفة من فقهاء الشام الى أن صلاة الخوف تؤخر عن وقت الخوف الى وقت الامن كما فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم الخندق والجمهور على أن ذلك الفعل يوم الخندق كان قبل نزول صلاة الخوف وانه ملسوح بها .

وأما صفة صلاة الخوف فان العلماء اختلفوا فيها اختلافا كثيراً لاختلاف الآثار فى هذا الباب أعنى المنقولة من فعله صلى الله عليه وسلم فى صلاة الخوف. والمشهور من ذلك سبع صفات ، فمن ذلك ما أخرجه مالك ومسلم من حديث صالح بن خوات عمن صلى مع رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم ذات الرقاع صلاة الخوف: أن طائفة صفت معه

وصفت طائفة وجاه العدو فصلى بالتى معه ركعة ثم ثبت قائماً وأتموا لانفسهم ثم انصرفوا وجاه العدو وجاءت الطائفة الاخرى فصلى بهم الركعة التى بقيت من صلاتهم ثم ثبت جالسا وأتموا لانفسهم ثم سلم بهم وبهذا الحديث قال الشافعي. وروى مالك هذا الحديث بعينه عن القاسم بن محمد عن صالح بن خوات موقوفا لمثل حديث يزيد بن رومان: انه لما قضى الركعة بالطائفة الثانية سلم ولم ينتظرهم حتى يفرغوا من الصلاة واختار مالك هذه الصفة فالشافعي آثر المسند على الموقوف ، ومالك آثر الموقوف لانه أشبه بالاصول أعنى أن لا يجلس الامام حتى تفرغ الطائفة الثانية من صلاتها لان الامام متبوع لا متبع وغير مختلف عليه. والصفة الثالثة ما ورد في حديث أبي عبيدة ابن عبد الله بن مسعود عن أبيه رواه الثورى وجماعة وخرجه أبو داود قال: صلى رسول الله صلى الله عليه وسلم صلاة الخوف بطائفة وطائفة مستقبلوا العدو فصلى بالذين معه ركعة وسجدتين وانصرفوا ولم يسلموا فوقفوا بازاء العدو ثم جاء الآخرون فقاموا معه فصلى بهم ركعة ثم سلم فقام هؤلاء فصلوا لانفسهم ركعة ثم سلموا وذهبوا فقاموا مقام أولئك مستقبلي العدو ورجع أولئك الى مراتبهم فصلوا لانفسهم ركعة ثم سلموا وبهذه الصفة قال أبو حنيفة وأصحابه ما خلى أبا يوسف على ماتقدم. والصفة الرابعة الواردة في حديث ابى عياش الزرقى قال: كنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم بعسفان وعلى المشركين خالد بن الوليد فصلينا الظهر فقال المشركون لقد اصبنا غفلة لوكنا حملنا عليهم وهم في الصلاة فأنزل الله آية القصر بين الظهر والعصر فلما حضرت العصر قام رسول الله صلى الله عليه وسلم مستقبل القبلة والمشركون امامه فصلى خلف رسول الله صلى الله عليه وسلم صف واحد وصف بعد ذلك صف آخر فركع رسول الله صلى الله عليه وسلم وركعوا جميعا ثم سجد وسجد الصف الذى يليه وقام الآخر يحرسونهم فلما صلى هؤلاء سجدتين وقاموا سجد الآخرون الذين كانوا خلفه ثم تأخر الصف الذى يليه الى مقام الآخرين وتقدم الصف الآخر الى مقام الصف الاول ثم ركع رسول الله صلى الله عليه وسلم وركعوا جميعا ثم سجد وسجد الصف الذى يليه وقام الآخرون يحرسونهم فلما جلس رسول الله صلى الله عليه وسلم والصف الذى يليه سجد الآخرون ثم جلسوا جميعا فسلم بهم جميعا وهذه الصلاة صلاها بعسفان وصلاها يوم بنى سليم قال أبو داود وروى هذا عن جابر وعن ابن عباس وعن مجاهد وعن أبى موسى وعن هشام بن عروة عن أبيه عن النبى صلى الله عليه وسلم قال وهو قول الثورى وهو احوطها يريد أنه ليس في هذه الصفة كبير عمل مخالف لافعال الصلاة المعروفة وقال بهذه الصفة جملة من أصحاب مالك وأصحاب الشافعى وخرجها مسلم

عن جابر وقال جابر كما يصنع حرسكم هؤلاء بامرائكم ، والصفة الخامسة الواردة في حديث حذيفة قال ثعلبة بن زهدم قال : كنا مع سعيد بن العاصي بطبرستان فقام فقال ايكم صلى مع رسول الله صلى الله عليه وسلم صلاة الخوف قال حذيفة انا فصلى بهؤلاء ركعة وبهؤلاء ركعة ولم يقضوا شيئا وهذا مخالف للاصل مخالفة كثيرة . وخرج أيضا عن ابن عباس في معناه انه قال : الصلاة على لسان نبيكم في الحضر أربع وفي السفر ركعتان وفي الخوف ركعة واحدة وأجاز هذه الصفة الثورى ، والصفة السادسة الواردة في حديث أبي بكرة وحديث جابر عن النبي صلى الله عليه وسلم انه صلى بكل طائفة من الطائفتين ركعتين ركعتين وبه كان يفتي الحسن وفيه دليل على اختلاف نية الامام والمأموم لكونه متما وهم مقصرون خرجه مسلم عن جابر . والصفة السابعة الواردة في حديث ابن عمر عن النبي عليه الصلاة والسلام : انه كان اذا سئل عن صلاة الخوف قال يتقدم الامام وطائفة من الناس فيصلى بهم ركعة وتكون طائفة منهم بينه وبين العدو لم يصلوا فاذا صلى الذين معه ركعة استأخروا مكان الذين لم يصلوا ولا يسلمون ويتقدم الذين لم يصلوا فيصلون معه ركعة ثم ينصرف الامام وقد صلى ركعتين تتقدم كل واحدة من الطائفتين فيصلون لانفسهم ركعة ركعة بعد أن ينصرف الامام فتكون كل واحدة من الطائفتين قد صلت ركعتين فان كان خوف أشد من ذلك صلوا رجالا قياما على أقدامهم أو ركبانا مستقبلي القبلة أو غير مستقبليها وممن قال بهذه الصفة أشهب عن مالك وجماعة وقال أبو عمر الحجة لمن قال بحديث ابن عمر هذا انه ورد بنقل الائمة أهل المدينة وهم الحجة في النقل على من خالفهم وهم أيضا مع هذا أشبه بالاصول لان الطائفة الاولى والثانية لم يقضوا الركعة الا بعد خروج رسول الله صلى الله عليه وسلم من الصلاة وهو المعروف من سنة القضاء المجتمع عليها في سائر الصلوات وأكثر العلماء على ماجاء في هذا الحديث من انه اذا اشتد الخوف جاز أن يصلوا مستقبلي القبلة وغير مستقبليها وايماء من غير ركوع ولا سجود وخالف في ذلك أبو حنيفة فقال لا يصلى الخائف الا الى القبلة ولا يصلى أحد في حال المسايفة ☆ وسبب الخلاف في ذلك مخالفة هذا الفعل للاصول ، وقد رأى قوم ان هذه الصفات كلها جائزة وان للمكلف أن يصلى أيتها أحب وقد قيل ان هذا الاختلاف انما كان بحسب اختلاف المواطن .

﴿ الباب السادس من الجملة الثالثة في صلاة المريض ﴾

واجمع العلماء أن المريض مخاطب باداء الصلاة وانه يسقط عنه فرض القيام اذا لم يستطعه

ويصلي جالسا وكذلك يسقط عنه فرض الركوع والسجود اذا لم يستطعهما أواحدهما، ويومىء مكانهما. واختلفوا فيمن له أن يصلي جالسا،وفي هيئة الجلوس، وفى هيئةالذى لايقدر على الجلوس ولا على القيام . فأما من له ان يصلي جالسا فان قوما قالوا هـذا الذى لايستطيع القيام أصلا،وقوم قالوا هو الذى يشق عليه القيام من المرض. وهو مذهب مالك * وسبب اختلافهم هو هل يسقط فرض القيام مع المشقة أو مع عدم القدرة وليس فى ذلك نص . وأما صفة الجلوس فان قوما قالوا يجلس متربعا أعني الجلوس الذى هو بدل من القيام وكره ابن مسعود الجلوس متربعا فمن ذهب الى التربيع فلا فرق بينه وبين جلوس التشهد،ومن كرهه فلانه ليس من جلوس الصلاة . وأما صفة صلاة الذى لايقدر على القيام ولاعلى الجلوس فان قوما قالوا يصلي مضطجعا وقوم قالوا يصلي كيفما تيسر له،وقوم قالوا يصلي مستقبلا رجلاه الى الكعبة،وقوم قالوا ان لم يستطع الجلوس صلى على جنبه فان لم يستطع على جنبه صلى مستلقيا ورجلاه الى القبلة على قدر طاقته وهو الذى اختاره ابن المنذر.

(الجملة الرابعة) وهذه الجملة تشتمل من أفعال الصلاة على التى ليست اداء وهذه هي اما اعادة،واما قضاء، واما جبر لما زاد أو نقص بالسجود ففى هذه الجملة اذاً ثلاثة أبواب الباب الاول في الاعادة ، الباب الثانى في القضاء ، الباب الثالث في الجبران الذى يكون بالسجود.

﴿ الباب الاول ﴾

وهذا الباب الكلام فيه في الاسباب التى تقتضى الاعادة وهي مفسدات الصلاة واتفقوا على أن من صلى بغير طهارة أنه يجب عليه الاعادة عمداً كان أونسيانا وكذلك من صلى لغير القبلة عمدا كان ذلك أو نسيانا وبالجملة فكل من أخل بشرط من شروط صحة الصلاة وجبت عليه الاعادة وانما يختلفون من أجل اختلافهم في الشروط المصححة. وههنا مسائل تتعلق بهذا الباب خارجة عما ذكر من فروض الصلاة اختلفوا فيها . فمنها أنهم اتفقوا على أن الحدث يقطع الصلاة واختلفوا هل يقتضى الاعادة من أولها اذا كان قد ذهب ركعة أو ركعتان قبل طرو الحدث أم يبنى على ماقد مضى من الصلاة فذهب الجمهور الى أنه لايبنى لافي حدث ولافي غيره مما يقطع الصلاة الا في الرعاف فقط،ومنهم من رأى أنه لايبنى لافي الحـدث ولافي الرعاف وهو الشـافعي، وذهب الكوفيون الى انه يبنى في الاحداث كلها * وسبب اختلافهم أنه لم يرد في جواز ذلك أثر عن النبي عليه الصلاة والسـلام وانما صح عن ابن عمر أنه رعف فى الصلاة فبنى ولم يتوضأ فمن رأى ان هذا الفعل من الصحابى يجرى مجرى التوقيت اذ ليس يمكن ان

يفعل مثل هذا بقياس أجاز هذا الفعل . ومن كان عنده من هؤلاء أن الرعاف ليس بحدث أجاز البناء في الرعاف فقط ولم يعده لغيره وهو مذهب مالك؛ ومن كان عنده أنه حدث أجاز البناء في سائر الاحداث قياسا على الرعاف، ومن رأى أن مثل هذا لايجب ان يصار اليه الابتوقيف من النبي عليه الصلاة والسلام إذ قد انعقد الاجماع على أن المصلي اذا انصرف الى غير القبلة انه قد خرج من الصلاة وكذلك اذا فعل فيها فعلا كثيرا لم يجز البناء لافي الحدث ولا في الرعاف .

(المسئلة الثانية) اختلف العلماء هل يقطع الصلاة مرور شيء بين يدى المصلي اذا صلى لغير سترة أو مر بينه وبين السترة فذهب الجمهور الى أنه لايقطع الصلاة شيء وانه ليس عليه اعادة وذهبت طائفة الى أنه يقطع الصلاة المرأة والحمار والكلب الأسود * وسبب هذا الخلاف معارضة القول للفعل وذلك أنه خرج مسلم عن أبى ذر انه عليه الصلاة والسلام قال: يقطع الصلاة المرأة والحمار والكلب الأسود. وخرج مسلم والبخاري عن عائشة انها قالت :لقد رأيتني بين يدي رسول الله صلى الله عليه وسلم معترضة كاعتراض الجنازة وهو يصلي . وروى مثل قول الجمهور عن علي وعن أبي ولا خلاف بينهم في كراهية المرور بين يدى المنفرد والامام اذا صلى لغير سترة أو مر بينه وبين السترة ولم يروا بأسا ان يمر خلف السترة وكذلك لم يروا بأسا ان يمر بين يدى المأموم لثبوت حديث ابن عباس وغيره قال : أقبلت راكبا على اتان وانا يومئذ قدناهزت الاحتلام ورسول الله صلى الله عليه وسلم يصلي بالناس فمررت بين يدى بعض الصفوف فنزلت وأرسلت الاتان ترتع ودخلت في الصف فلم ينكر ذلك على أحد وهــذا عندهم يجرى مجرى المسند وفيه نظر وانما اتفق الجمهور على كراهية المرور بين يدى المصلي لمـا جاء فيه من الوعيد في ذلك ولقوله عليه الصلاة والسلام فيه فليقاتله فانما هو شيطان .

(المسئلة الثالثة) اختلفوا في النفخ في الصلاة على ثلاثة أقوال . فقوم كرهوه ولم يروا الاعادة على من فعله؛ وقوم أوجبوا الاعادة على مــن نفخ، وقوم فرقوا بين أن يسمع أو لايسمع *وسبب اختلافهم تردد النفخ بين أن يكون كلاما أو لايكون كلاما.

(المسئلة الرابعة) اتفقوا على أن الضحك يقطع الصلاة واختلفوا في التبسم * وسبب اختلافهم تردد التبسم بين ان يلحق بالضحك أو لايلحق به .

(المسئلة الخامسة) اختلفوا في صلاة الحاقن فا كثر العلماء يكرهون أن يصلي الرجل وهو حاقن لما روى من حديث زيد بن أرقم قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : اذا أراد أحدكم الغائط فليبدأ به قبل الصلاة ولما روى عن عائشة عن النبي عليه الصلاة والسلام انه قال : لايصلي أحدكم بحضرة الطعام ولا وهو يدافعه

الاخبثان يعني الغائط والبول. ولما ورد من النهي عن ذلك عن عمر أيضا، وذهب قوم الى أن صلاته فاسدة وانه يعيد وروى ابن القاسم عن مالك مايدل على أن صلاة الحاقن فاسدة وذلك انه روى عنه انه أمره بالاعادة في الوقت وبعد الوقت * والسبب في اختلافهم اختلافهم في النهي هل يدل على فساد المنهي عنه أم ليس يدل على فساده وانما يدل على تأثيم من فعله فقط اذا كان أصل الفعل الذى تعلق النهي به واجبا أو جائزا وقد تمسك القائلون بفساد صلاته بحديث رواه الشاميون. منهم من يجعله عن ثوبان. ومنهم من يجعله عن أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال لايحل لمؤمن أن يصلي وهو حاقن جدا قال أبو عمر بن عبد البر هو حديث ضعيف السند لاحجة فيه.

(المسئلة السادسة) اختلفوا في رد سلام المصلى عمن سلم فرخصت فيه طائفة منهم سعيد ابن المسيب والحسن بن أبي الحسن البصرى وقتادة. ومنع ذلك قوم بالقول وأجازوا الرد بالاشارة وهو مذهب مالك والشافعي، ومنع آخرون رده بالقول والاشارة وهو مذهب النعمان، وأجاز قوم الرد في نفسه، وقوم قالوا يرد اذا فرغ من الصلاة * والسبب في اختلافهم هل رد السلام من نوع التكلم في الصلاة المنهي عنه أم لا فمن رأى انه من نوع الكلام المنهي عنه وخصص الامر برد السلام في قوله تعالى (وإذا حييتم بتحية فحيوا باحسن منها) الآية باحاديث النهي عن الكلام في الصلاة قال لا يجوز الرد في الصلاة ومن رأى انه ليس داخلا في الكلام المنهي عنه أو خصص أحاديث النهي بالامر برد السلام اجازه في الصلاة. قال أبو بكر بن المنذر ومن قال لايرد ولا يشير فقد خالف السنة فانه قد أخبر خبيب أن النبي عليه الصلاة والسلام: رد على الذين سلموا عليه وهو في الصلاة باشارة.

الباب الثاني في القضاء

والكلام في هذا الباب على من يجب القضاء وفي صفة أنواع القضاء وفي شروطه. فاما على من يجب القضاء فاتفق المسلمون على أنه يجب على الناسي والنائم. واختلفوا في العامد والمغمى عليه وانما اتفق المسلمون على وجوب القضاء على الناسي والنائم لثبوت قوله عليه الصلاة والسلام وفعله وأعني بقوله عليه الصلاة والسلام: رفع القلم عن ثلاث فذكر النائم وقوله اذا نام أحدكم عن الصلاة أو نسيها فليصلها اذا ذكرها وما روى أنه نام عن الصلاة حتى خرج وقتها فقضاها. وأما تاركها عمداً حتى يخرج الوقت فان الجمهور على أنه آثم وأن القضاء عليه واجب، وذهب بعض أهل الظاهر الى أنه لا يقضي وانه آثم وأحد

من ذهب الى ذلك أبو محمد بن حزم * وسبب اختلافهم اختلافهم في شيئين ؛ أحدهما في جواز القياس فى الشرع ؛ والثانى في قياس العامد على الناسى اذا سلم جواز القياس فمن رأى أنه اذا وجب القضاء على الناسى الذى قد عذره الشرع في أشياء كثيرة فالمتعمد أحرى ان يجب عليه لانه غير معذور أوجب القضاء عليه . ومن رأى أن الناسى والعامد ضدان والاضداد لا يقاس بعضها على بعض إذ أحكامها مختلفة وانما تقاس الاشباه لم يجز قياس العامد على الناسى. والحق في هذا أنه اذا جعل الوجوب من باب التغليظ كان القياس سائغا وأما ان جعل من باب الرفق بالناسى والعذر له وان لا يفوته ذلك الخير فالعامد في هذا ضد الناسى والقياس غير سائغ لان الناسى معذور والعامد غير معذور. والاصل ان القضاء لا يجب بامر الاداء وانما يجب بامر مجدد على ما قال المتكلمون لان القاضى قد فاته أحد شروط التمكن من وقوع الفعل على صحته وهو الوقت اذ كان شرطاً من شروط الصحة والتأخير عن الوقت في قياس التقديم عليه لكن قد ورد الاثر بالناسى والنائم وتردد العامد بين أن يكون شبيهاً أو غير شبيه والله الموفق للحق . وأما المغمى عليه فان قوما اسقطوا عنه القضاء فيما ذهب وقته وقوم أوجبوا عليه القضاء . ومن هؤلاء من اشترط القضاء في عدد معلوم وقالوا يقضى في الخمس فما دونها * والسبب في اختلافهم تردده بين النائم والمجنون فمن شبهه بالنائم أوجب عليه القضاء . ومن شبهه بالمجنون اسقط عنه الوجوب . وأما صفة القضاء فان القضاء نوعان، قضاء لجملة الصلاة، وقضاء لبعضها. أما قضاء الجملة فالنظر فيه في صفة القضاء وشروطه ووقته . فاما صفة القضاء فهى بعينها صفة الاداء اذا كانت الصلاتان في صفة واحدة من الفرضية . وأما اذا كانت في أحوال مختلفة مثل أن يذكر صلاة حضرية في سفر أو صلاة سفرية في حضر فاختلفوا فى ذلك على ثلاثة أقوال ؛ فقوم قالوا انما يقضى مثل الذى عليه ولم يراعوا الوقت الحاضر وهو مذهب مالك وأصحابه ، وقوم قالوا انما يقضى أبدا أربعا سفرية كانت المنسية أو حضرية فعلى رأى هؤلاء ان ذكر في السفر حضرية صلاها حضرية وان ذكر في الحضر سفرية صلاها حضرية وهو مذهب الشافعى . وقال قوم انما يقضى أبدا فرض الحال التى هو فيها فيقضى الحضرية فى السفر سفرية والسفرية فى الحضر حضرية فمن شبه القضاء بالاداء راعى الحال الحاضرة وجعل الحكم لها قياساً على المريض يتذكر صلاة نسيها فى الصحة أو الصحيح يتذكر صلاة نسيها في المرض أعنى أن فرضه هو فرض الصلاة في الحال الحاضرة ومن شبه القضاء بالديون أوجب للمقضية صفة المنسية . وأما من أوجب ان يقضى أبدا حضرية فراعى الصفة في أحدهما والحال في الاخرى أعنى أنه اذا ذكر الحضرية في

السفر راعى صفة المقضية واذا ذكر السفرية في الحضر راعى الحال وذلك اضطراب جار على غير قياس الا أن يذهب مذهب الاحتياط وذلك يتصور فيمن يرى القصر رخصة. وأما شروط القضاء ووقته فان من شروطه الذى اختلفوا فيه الترتيب وذلك انهم اختلفوا في وجوب الترتيب في قضاء المنسيات أعنى وجوب ترتيب المنسيات مع الصلاة الحاضرة الوقت وترتيب المنسيات بعضها مع بعض اذا كانت أكثر من صلاة واحدة فذهب مالك الى أن الترتيب واجب فيها في الخمس صلوات فما دونها وانه يبدأ بالمنسية وان فات وقت الحاضرة حتى انه قال ان ذكر المنسية وهو في الحاضرة فسدت الحاضرة عليه وبمثل ذلك قال أبو حنيفة والثورى الا أنهم رأوا الترتيب واجبا مع اتساع وقت الحاضرة واتفق هؤلاء على سقوط وجوب الترتيب مع النسيان وقال الشافعى لا يجب الترتيب وان فعل ذلك اذا كان في الوقت متسع فحسن يعنى في وقت الحاضرة * والسبب في اختلافهم اختلاف الآثار في هذا الباب واختلافهم في تشبيه القضاء بالاداء فاما الاثار فانه ورد في ذلك حديثان متعارضان أحدهما ماروى عنه عليه الصلاة والسلام انه قال: من نسى صلاة وهو مع الامام في أخرى فليصل مع الامام فاذا فرغ من صلاته فليعد الصلاة التى نسى ثم ليعد الصلاة التى صلى مع الامام وأصحاب الشافعى يضعفون هذا الحديث ويصححون حديث ابن عباس أن النبي عليه الصلاة والسلام قال: اذا نسى أحدكم صلاة فذكرها وهو في صلاة مكتوبة فليتم التى هو فيها فاذا فرغ منها قضى التى نسى والحديث الصحيح في هذا الباب هو ماتقدم من قوله عليه الصلاة والسلام: اذا نام أحدكم عن الصلاة أو نسيها الحديث وأما اختلافهم في جهة تشبيه القضاء بالاداء فان من رأى أن الترتيب في الاداء انما لزم من أجل ان أوقاتها المختصة بصلاة منها هي مرتبة في نفسها اذ كان الزمان لا يعقل الا مرتبا لم يلحق بها القضاء لانه ليس للقضاء وقت مخصوص ومن رأى أن الترتيب في الصلوات المؤداة هو فى الفعل وان كان الزمان واحدا مثل الجمع بين الصلاتين فى وقت احداهما شبه القضاء بالاداء. وقد رأت المالكية ان توجب الترتيب للمقضية من جهة الوقت لا من جهة الفعل لقوله عليه الصلاة والسلام فليصلها اذا ذكرها قالوا فوقت المنسية هو وقت الذكر ولذلك وجب ان تفسد عليه الصلاة التى هو فيها في ذلك الوقت وهذا لا معنى له لانه ان كان وقت الذكر وقتا للمنسية فهو بعينه أيضا وقت للحاضرة أو وقت للمنسيات اذا كانت أكثر من صلاة واحدة واذا كان الوقت واحدا فلم يبق أن يكون الفساد الواقع فيها الا من قبل الترتيب بينها كالترتيب الذى يوجد في اجزاء الصلاة الواحدة فانه ليس احدى الصلاتين أحق بالوقت من صاحبتها اذ كان

وقتا لكليهما الا أن يقوم دليل الترتيب وليس ههنا عندى شيء يمكن أن يجعل أصلا في هذا الباب لترتيب المنسيات الا الجمع عند من سلمه فان الصلوات المؤداة أوقاتها مختلفة والترتيب في القضاء انما يتصور في الوقت الواحد بعينه للصلاتين معا فافهم هذا فان فيه غموضا وأظن مالكا رحمه الله انما قاس ذلك على الجمع وانما صار الجميع الى استحسان الترتيب في المنسيات اذا لم يخف فوات الحاضرة لصلاته عليه الصلاة والسلام الصلوات الخمس يوم الخندق مرتبة. وقد احتج بهذا من أوجب القضاء على العامد ولامعنى لهذا فان هذا منسوخ وأيضا فانه كان تركا لعذر. وأما التحديد في الخمس فما دونها فليس له وجه الا أن يقال انه اجماع فهذا حكم القضاء الذى يكون في فوات جملة الصلاة. وأما القضاء الذى يكون في فوات بعض الصلوات فنه مايكون سببه النسيان ومنه مايكون سببه سبق الامام للمأموم أعنى أن يفوت المأموم بعض صلاة الامام فاما اذا فات المأموم بعض الصلاة فان فيه مسائل ثلاثا قواعد؛ احداها متى تفوت الركعة، والثانية هل اتيانه بما فاته بعد سلام الامام اداء أو قضاء، والثالثة متى يلزمه حكم صلاة الامام ومتى لا يلزمه ذلك.

اما متى تفوته الركعة فان في ذلك مسألتين. احداهما اذا دخل والامام قد أهوى الى الركوع، والثانية اذا كان مع الامام في الصلاة فسها أن يتبعه في الركوع أو منعه من ذلك ماوقع من زحام أوغيره.

(أما المسئلة الاولى) فان فيها ثلاثة أقوال. أحدها وهو الذى عليه الجمهور انه اذا أدرك الامام قبل أن يرفع رأسه من الركوع وركع معه فهو مدرك للركعة وليس عليه قضاؤها وهؤلاء اختلفوا هل من شرط هذا الداخل ان يكبر تكبيرتين تكبيرة للاحرام وتكبيرة للركوع أو يجزيه تكبيرة الركوع وان كانت تجزيه فهل من شرطها ان ينوى بها تكبيرة الاحرام أم ليس ذلك من شرطها. فقال بعضهم بل تكبيرة واحدة تجزيه اذا نوى بها تكبيرة الافتتاح وهو مذهب مالك والشافعي والاختيار عندهم تكبيرتان، وقال قوم لابد من تكبيرتين، وقال قوم تجزى واحدة وان لم ينوبها تكبيرة الافتتاح والقول الثانى انه اذا ركع الامام فقد فاتته الركعة وانه لايدركها مالم يدركه قائما وهو منسوب الى أبى هريرة؛ والقول الثالث انه اذا انتهى الى الصف الآخر وقد رفع الامام رأسه ولم يرفع بعضهم. فادرك ذلك انه يجزيه لان بعضهم أئمة لبعض وبه قال الشعبى * وسبب هذا الاختلاف تردد اسم الركعة بين أن يدل على الفعل نفسه الذى هو الانحناء فقط أو على الانحناء والوقوف معا وذلك انه قال عليه الصلاة والسلام: من أدرك من الصلاة ركعة فقد أدرك الصلاة قال ابن المنذر ثبت ذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فمن كان اسم الركعة ينطلق

عنده على القيام والانحناء معاً قال اذا فاته قيام الامام فقد فاتته الركعة ومن كان اسم الركعة ينطلق عنده على الانحناء نفسه جعل ادراك الانحناء ادراكا للركعة والاشتراك الذى عرض لهذا الاسم انما هو من قبل تردده بين المعنى اللغوى والمعنى الشرعى وذلك ان اسم الركعة ينطلق لغةعلىالانحناء وينطلق شرعا على القيام والركوع والسجود فمن رأى أن اسم الركعة ينطلق في قوله عليه الصلاة والسلام : من ادرك ركعة على الركعة الشرعية ولم يذهب مذهب الآخذ ببعض ماتدل عليه الاسماء قال لابدأن يدرك مع الامام الثلاثة الاحوال أعنى القيام والانحناء والسجود ويحتمل أن يكون من ذهب الى اعتبار الانحناء فقط أن يكون اعتبر أكثر مايدل عليه الاسم ههنا لان من ادرك الانحناء فقد أدرك منها جزأين ومن فاته الانحناء انماأدرك منها جزأ واحدا فقطفعلى هذا يكون الخلاف آيلا الى اختلافهم في الاخذ ببعض دلالة الاسماء أوبكلها فالخلاف يتصور فيها من الوجهين جميعا.

وأما من اعتبر ركوع من فيالصف من المأمومين فلأن الركعة من الصلاة قدتضاف الى الامام فقط وقد تضاف الى الامام والمأمومين؛ فسبب الاختلاف هو الاحتمال في هذه الاضافة أعنى قوله عليه الصلاة والسلام : من أدرك ركعة من الصلاة وما عليه الجمهور أظهر ؛ وأما اختلافهم في هل تجزيه تكبيرة واحدة أو تكبيرتان أعنى المأموم اذا دخل في الصلاة والامام راكع فسببه هل من شرط تكبيرة الاحرام ان يؤتى بها واقفا أم لا فمن رأى ان من شرطها الموضع الذى تفعل فيه تعلقا بالفعل أعنى فعله عليه الصلاة والسلام وكان يرى أن التكبير كله فرض قال لابد منتكبيرتين ومن رأى انه ليس منشرطها الموضع تعلقا بعموم قولهعليهالصلاة والسلام : وتحريمها التكبير وكان عنده أن تكبيرة الاحرام هي فقطالفرض قال يجزيه ان يأتيبهاوحدها وأما من أجاز أن يأتى بتكبيرة واحدة ولم ينويها تكبيرة الاحرام فقيل يبنى على مذهب من يرى أن تكبيرة الاحرام ليست بفرض وقيل انما يبنى على مذهب من يجوز تأخير نية الصلاة عن تكبيرة الاحرام لانه ليس معنى ان ينوى تكبيرة الاحرام الا مقارنة النية للدخول في الصلاة لان تكبيرة الاحرام لها وصفان النية المقارنة والاولية أعنى وقوعها في أول الصلاة فمن اشترط الوصفين قال لابد من النية المقارنة. ومن اكتفى بالصفة الواحدة اكتفى بتكبيرة واحدة وان لم تقارنها النية.

(وأما المسئلة الثانية) وهي اذا سها عن اتباع الامام في الركوع حتى سجد الامام فان قوماً قالوا اذافاته ادراك الركوع معه فقد فاتته الركعة ووجب عليهقضاؤها وقوم قالوا يعتد بالركعة اذا أمكنه ان يتم من الركوع قبل ان يقوم الامام الى الركعة

الثانية،وقوم قالوا يتبعه ويعتــد بالركعة مالم يرفع الامام رأسه من الانحناء في الركعة الثانية وهذا الاختلاف موجود لاصحاب مالك وفيه تفصـيل واختلاف بينهم بين أن يكون عن نسيان أو ان يكون عن زحام وبين ان يكون فى جمعـة أو في غير جمعة وبين اعتبار ان يكون المأموم عرض له هذا في الركعة الاولى أو في الركعة الثانيةوليس قصدنا تفصيل المذهب ولا تخريجه وانما الغرض الاشارة الى قواعد المسائل وأصولها فنقول * إن سبب الاختلاف فيهذه المسئلة هو هل من شرط فعل المأموم ان يقارن فعل الامام أو ليس من شرطه ذلك وهل هـذا الشرط هو في جميع اجزاء الركعة الثلاثة أعنى القيام والانحناءوالسجودأم انما هو شرط في بعضها ومتى يكون اذالم يقارن فعله فعل الامام اختلافا عليه أعنى ان يفعل هو فعلا والامام فعلا ثانيا فمن رأى أنه شرط في كل جزء من اجزاء الركعة الواحدة أعنى ان يقارن فعل المأموم فعل الامام والا كان اختلافا عليه وقد قال عليه الصلاة والسلام: فلا تختلفوا عليه قال متى لم يدرك معه من الركوع ولو جزأ يسيراً لم يعتد بالركعه ومن أعتبره في بعضها قال هو مدرك للركعة اذا أدرك فعل الركعة قبل ان يقوم الى الركعة الثانية وليس ذلك اختلافا عليه فاذا قام الى الركعة الثانية فان اتبعه فقد اختلف عليه في الركعة الاولى،وأما من قال إنه يتبعه مالم ينحن في الركعة الثانية فانه رأى أنه ليس من شرط فعل المأموم ان يقارن بعضه بعض فعل الامام ولا كله وانما من شرطه ان يكون بعده فقط وانما اتفقوا على أنه اذا قام من الانحناء في الركعة الثانية انه لا يعتد بتلك الركعة ان اتبعه فيها لانه يكون فى حكم الاولى والامام فى حكم الثانية وذلك غاية الاختلاف عليه .

(وأما المسئلة الثانية) من المسائل الثلاث الاول التي هي أصول هذا الباب وهل اتيان المأموم بمـا فاته من الصلاة مع الامام اداء أوقضاء فان في ذلك ثلاثة مذاهب قوم قالوا إن ما يأتى له بعد سلام الامام هوقضاء وان ما أدرك ليس هو أول صلاته وقوم قالوا ان الذى يأتى به بعد سلام الامام هو اداء وان ما أدرك هو أول صلاته وقوم فرقوا بين الاقوال والافعال فقالوا يقضى في الاقوال يعنون في القراءة ويبنى في الافعال يعنون الاداء. فمن ادرك ركعة من صلاة المغرب على المـذهب الاول أعنى مذهب القضاء قام اذا سـلم الامام الى ركعتين يقرأ فيهما بام القرآن وسورة من غير ان يجلس بينهما، وعلى المذهب الثانى أعنى على البناء قام الى ركعة واحدة يقرأ فيها بام القرآن وسورة ويجلس ثم يقوم الى ركعة يقرأ فيها بام القرآن فقط؛ وعلى المذهب الثالث يقوم الى ركعة فيقرأ فيها بام القرآن وسورة ثم يجلس ثم يقوم الى ركعة ثانية يقرأ فيها أيضا بأم القرآن وسورة وقدنسبت الاقاويل الثلاثة الى المذهب والصحيح عن مالك انه يقضى في الاقوال

ويبنى في الافعال لانه لم يختلف قوله في المغرب انه اذا أدرك منها ركعة أنه يقوم الى الركعة الثانية ثم يجلس ولا اختلاف في قوله انه يقضي بام القرآن وسورة * وسبب اختلافهم انه ورد في بعض روايات الحديث المشهور فما أدركتم فصلوا وما فاتكم فأتموا والاتمام يقتضي ان يكون ماأدرك هو أول صلاته وفي بعض رواياته فما أدركتم فصلوا وما فاتكم فاقضوا والقضاء يوجب أن ما أدركه هو آخر صلاته فمن ذهب مذهب الاتمام قال ما أدركه هو أول صلاته ومن ذهب مذهب القضاء قال ما ادرك هو آخر صلاته . ومن ذهب مذهب الجمع جعل القضاء في الاقوال والاداء في الافعال وهو ضعيف أعني ان يكون بعض الصلاة اداء وبعضها قضاء واتفاقهم على وجوب الترتيب في اجزاء الصلاة وعلى ان موضع تكبيرة الاحرام هو افتتاح الصلاة ففيه دليل واضح على ان ما ادرك هو أول صلاته لكن تختلف ثانية المأموم والامام في الترتيب فتأمل هذا ويشبه أن يكون هذا هو أحد ما راعاه من قال ما أدرك فهو آخر صلاته .

(وأما المسئلة الثالثة) من المسائل الاول وهي متى يلزم المأموم حكم صلاة الامام في الاتباع فان فيها مسائل. إحداها متى يكون مدركا لصلاة الجمعة ، والثانية متى يكون مدركا معه لحكم سجود السهو أعني سهو الامام ، والثالثة متى يلزم المسافر الداخل وراء امام يتم الاتمام اذا أدرك من صلاة الامام بعضها .

(فاما المسئلة الاولى) فان قوماً قالوا اذا أدرك ركعة من الجمعة فقد أدرك الجمعة ويقضي ركعة ثانية وهو مذهب مالك والشافعي فان أدرك أقل صلى ظهراً أربعا وقوم قالوا بل يقضي ركعتين أدرك منها ما أدرك وهو مذهب أبي حنيفة * وسبب الخلاف في هذا هو ما يظن من التعارض بين عموم قوله عليه السلام : ما أدركتم فصلوا وما فاتكم فأتموا وبين مفهوم قوله عليه السلام : من أدرك ركعة من الصلاة فقد أدرك الصلاة فانه من صار الى عموم قوله عليه السلام : وما فاتكم فأتموا أوجب أن يقضي ركعتين وان أدرك منها أقل من ركعة ومن كان المحذوف عنده في قوله عليه السلام : فقد أدرك الصلاة أي فقد أدرك حكم الصلاة قال دليل الخطاب يقتضي أن من أدرك أقل من ركعة فلم يدرك حكم الصلاة والمحذوف في هذا القول محتمل فانه يمكن أن يراد به فضل الصلاة ويمكن ان يراد به وقت الصلاة ويمكن أن يراد به حكم الصلاة ولعله ليس هذا المجاز في أحدها أظهر منه في الثاني فان كان الامر كذلك كان من باب المجمل الذي لا يقتضي حكما وكان الآخر بالعموم أولى وإن سلمنا انه أظهر في أحد هذه المحذوفات وهو مثلا الحكم على قول من يرى ذلك لم يكن هذا الظاهر معارضا للعموم الا من باب دليل الخطاب والعموم أقوى

من دليل الخطاب عند الجميع ولا سيما الدليل المبنى على المحتمل أو الظاهر . وأما من يرى ان قوله عليه السلام : فقد أدرك الصلاة انه يتضمن جميع هذه المحذوفات فضعيف وغير معلوم من لغة العرب الا أن يتقرر أن هنالك اصطلاحا عرفيا اوشرعيا. وأما مسئلة اتباع المأموم للامام في السجود أعنى في سجود السهو فان قوما اعتبروا في ذلك الركعة أعنى أن يدرك من الصلاة معه ركعة، وقوم لم يعتبروا في ذلك فمن لم يعتبر ذلك قصيرا الى عموم قوله عليه السلام : انما جعل الامام ليؤتم به، ومن اعتبر ذلك قصيراً الى مفهوم قوله عليه السلام : فقد أدرك الصلاة ولذلك اختلفوا في المسئلة الثالثة. فقال قوم ان المسافر اذا أدرك من صلاة الامام الحاضر أقل من ركعة لم يتم واذا أدرك ركعة لزمه الاتمام فهذا حكم القضاء الذى يكون لبعض الصلاة من قبل سبق الامام له.

وأما حكم القضاء لبعض الصلاة الذى يكون للامام والمنفرد من قبل النسيان فانهم اتفقوا على أن ما كان منها ركنا فهو يقضى أعنى فريضة وانه ليس يجزى منه الا الاتيان به. وفيه مسائل اختلفوا فيها بعضهم أوجب فيها القضاء وبعضهم أوجب فيها الاعادة مثل من نسى أربع سجدات من أربع ركعات سجدة من كل ركعة فان قوما قالوا يصلح الرابعة بان يسجد لها ويبطل ما قبلها من الركعات ثم يأتى بها وهو قول مالك، وقوم قالوا تبطل الصلاة بأسرها ويلزمه الاعادة وهي احدى الروايتين عن أحمد ابن حنبل، وقوم قالوا يأتى بأربع سجدات متوالية وتكمل بها صلاته وبه قال أبو حنيفة والثورى والاوزاعى وقوم قالوا يصلح الرابعة ويعيد بسجدتين وهو مذهب الشافعى ٭ وسبب الخلاف في هذا مراعاة الترتيب فمن راعاه فى الركعات والسجدات أبطل الصلاة ومن راعاه في السجدات أبطل الركعات ما عدى الاخيرة قياساً على قضاء ما فات المأموم من صلاة الامام ومن لم يراع الترتيب أجاز سجودها معا في ركعة واحدة لاسيما اذا اعتقد أن الترتيب ليس هو واجبا في الفعل المكرر فى ركعة ركعة أعنى السجود وذلك ان كل ركعة تشتمل على قيام وانحناء وسجود والسجود مكرر فزعم أصحاب أبى حنيفة أن السجود لما كان مكررا لم يجب أن يراعى فيه التكرير فى الترتيب ومن هذا الجنس اختلاف أصحاب مالك فيمن نسى قراءة أم القرآن من الركعة الاولى فقيل لا يعتد بالركعة ويقضيها، وقيل يعيد الصلاة، وقيل يسجد للسهو وصلاته تامة وفروع هذا الباب كثيرة وكلها غير منطوق به وليس قصدنا ههنا الاما يجرى مجرى الاصول .

﴿ الباب الثالث من الجملة الرابعة في سجود السهو ﴾

والسجود المنقول في الشريعة فى أحد موضعين اما عند الزيادة، أو النقصان

اللذين يقعان فى أفعال الصلاة وأقوالها من قبل النسيان لا من قبل العمد وإما عند الشك في أفعال الصلاة. فاما السجود الذى يكون من قبل النسيان لا من قبل الشك فالكلام فيه ينحصر فى ستة فصول الفصل الاول فى معرفة حكم السجود، الثانى فى معرفة مواضعه من الصلاة ، الثالث فى معرفة الجنس من الافعال والافعال التى يسجد لها ، الرابع فى صفة سجود السهو ؛ الخامس فى معرفة من يجب عليه سجود السهو ، السادس بماذا ينبه المأموم الامام الساهي على سهوه.

﴿ الفصل الاول ﴾

اختلفوا في سجود السهو هل هو فرض أو سنة فذهب الشافعى الى انه سنة، وذهب أبو حنيفة الى أنه فرض لكن من شرط صحة الصلاة، وفرق مالك بين السجود للسهو فى الافعال وبين السجود للسهو في الاقوال وبين الزيادة والنقصان فقال سجود السهو الذى يكون للافعال الناقصة واجب وهو عنده من شروط صحة الصلاة هذا في المشهور وعنه أن سجود السهو للنقصان واجب وسجود الزيادة مندوب * والسبب في اختلافهم اختلافهم في حمل افعاله عليه السلام في ذلك على الوجوب أو على الندب فاما أبو حنيفة فحمل أفعاله عليه السلام في السجود على الوجوب اذ كان هو الاصل عندهم اذ جاء بيانا لواجب كما قال عليه السلام صلوا كما رأيتمونى أصلى، وأما الشافعى فحمل أفعاله في ذلك على الندب وأخرجها عن الاصل بالقياس وذلك أنه لما كان السجود عند الجمهور ليس ينوب عن فرض وانما ينوب عن ندب رأى ان البدل عما ليس بواجب ليس هو بواجب، وأما مالك فتأكدت عنده الافعال أكثر من الاقوال لكونها من صلب الصلاة أكثر من الاقوال أعنى ان الفروض التى هى أفعال هى أكثر من فروض الاقوال فكأنه رأى ان الافعال آكد من الاقوال وان كان ليس ينوب سجود السهو الا عما كان منها ليس بفرض وتفريقه أيضا بين سجود النقصان والزيادة على الرواية الثانية لكون سجود النقصان شرع بدلا مما سقط من أجزاء الصلاة وسجود الزيادة كانه استغفار لا بدل.

﴿ الفصل الثانى ﴾

اختلفوا فى مواضع سجود السهو على خمسة أقوال فذهبت الشافعية الى أن سجود السهو موضعه أبدا قبل السلام، وذهبت الحنيفة الى أن موضعه أبداً بعد السلام، وفرقت المالكية فقالت ان كان السجود لنقصان كان قبل السلام وان كان لزيادة كان بعد السلام وقال أحمد بن حنبل يسجد قبل السلام في المواضع التى سجد فيها رسول الله صلى الله عليه

وسلم قبل السلام ويسجد بعد السلام في المواضع التي سجد فيها رسول الله صلى الله عليه وسلم بعد السلام فما كان من سجود في غيره تلك المواضع يسجد له أبدا قبل السلام، وقال أهل الظاهر لا يسجد للسهو الا في المواضع الخمسة التي سجد فيها رسول الله صلى الله عليه وسلم فقط وغير ذلك ان كان فرضا أتى به وان كان ندبا فليس عليه شيء * والسبب في اختلافهم انه عليه السلام ثبت عنه انه سجد قبل السلام وسجد بعد السلام وذلك انه ثبت من حديث ابن بحينة انه قال: صلى لنا رسول الله صلى الله عليه وسلم ركعتين ثم قام فلم يجلس فقام الناس معه فلما قضى صلاته سجد سجدتين وهو جالس وثبت أيضا انه سجد بعد السلام في حديث ذى اليدين المتقدم اذ سلم من اثنتين فذهب الذين جوزوا القياس في سجود السهو أعنى الذين رأوا تعدية الحكم في المواضع التي سجد فيها عليه السلام الى أشباهها في هذه الآثار الصحيحة ثلاثة مذاهب أحدها مذهب الترجيح، والثاني مذهب الجمع، والثالث الجمع بين الجمع والترجيح. فمن رجح حديث ابن بحينة قال السجود قبل السلام واحتج لذلك بحديث أبي سعيد الخدرى الثابت انه عليه السلام: قال اذا شك أحدكم في صلاته فلم يدر كم صلى أثلاثا أم أربعا فليصل ركعة وليسجد سجدتين وهو جالس قبل التسليم فان كانت الركعة التي صلاها خامسة شفعها بهاتين السجدتين وان كانت رابعة فالسجدتان ترغيم للشيطان قالوا ففيه السجود للزيادة قبل السلام لانها ممكنة الوقوع خامسة واحتجوا لذلك أيضا بما روى عن ابن شهاب انه قال: كان آخر الامرين من رسول الله صلى الله عليه وسلم السجود قبل السلام.

واما من رجح حديث ذى اليدين فقال السجود بعد السلام واحتجوا لترجيح هذا الحديث بان حديث ابن بحينة قد عارضه حديث المغيرة بن شعبة انه عليه السلام: قام من اثنتين ولم يجلس ثم سجد بعد السلام قال أبو عمر ليس مثله في النقل فيعارض به واحتجوا أيضا لذلك بحديث ابن مسعود الثابت ان رسول الله صلى الله عليه وسلم: صلى خمسا ساهيا وسجد لسهوه بعد السلام.

واما من ذهب مذهب الجمع فانهم قالوا ان هذه الاحاديث لا تتناقض وذلك ان السجود فيها بعد السلام انما هو في الزيادة والسجود قبل السلام في النقصان فوجب أن يكون حكم السجود في سائر المواضع كما هو في هذا الموضع قالوا وهو أولى من حمل الاحاديث على التعارض.

واما من ذهب مذهب الجمع والترجيح فقال يسجد في المواضع التي سجد فيها رسول الله صلى الله عليه وسلم على النحو الذى سجد فيها رسول الله صلى الله عليه وسلم فان ذلك هو حكم تلك المواضع.

وأما المواضع التي لم يسجد فيها رسول الله صلى الله عليه وسلم فالحكم فيها السجود قبل السلام فكأنه قاس على المواضع التي سجد فيها عليه الصلاة والسلام قبل السلام ولم يقس على المواضع التي سجد فيها بعد السلام وأبقى سجود المواضع التي سجد فيها على ما سجد فيها فمن جهة أنه أبقى حكم هذه المواضع على ما وردت عليه وجعلها متغايرة الاحكام هو ضرب من الجمع ورفع للتعارض بين مفهومها ومن جهة انه عدى مفهوم بعضها دون بعض وألحق به المسكوت عنه فذلك ضرب من الترجيح أعني انه قاس على السجود الذي قبل السلام ولم يقس على الذي بعده .

وأما من لم يفهم من هذه الافعال حكما خارجا عنها وقصر حكمها على أنفسها وهم أهل الظاهر فاقتصروا بالسجود على هذه المواضع فقط، وأما أحمد بن حنبل فجاء نظره مختلطا من نظر أهل الظاهر ونظر أهل القياس وذلك انه اقتصر بالسجود كما قلنا بعد السلام على المواضع التي ورد فيها الاثر ولم يعده وعدى السجود الذي ورد في المواضع التي قبل السلام ولكل واحد من هؤلاء أدلة يرجح بها مذهبه من جهة القياس أعني لاصحاب القياس وليس قصدنا في هذا الكتاب في الاكثر ذكر الخلاف الذي يوجبه القياس كما ليس قصدنا ذكر المسائل المسكوت عنها في الشرع الا في الاقل وذلك اما من حيث هي مشهورة واصل لغيرها وأما من حيث هي كثيرة الوقوع .

والمواضع الخمسة التي سها فيها رسول الله صلى الله عليه وسلم احدها انه قام من اثنين على ماجاء في حديث ابن بحينة ، والثاني انه سلم من اثنتين على ماجاء في حديث ذي اليدين ، والثالث انه صلى خمساً على ما في حديث ابن عمر خرجه مسلم والبخاري والرابع أنه سلم من ثلاث على ما في حديث عمران بن الحصين ، والخامس السجود عن الشك على ماجاء في حديث أبي سعيد الخدري وسيأتي بعد * واختلفوا لماذا يجب سجود السهو فقيل يجب للزيادة والنقصان وهو الاشهر وقيل للسهو نفسه وبه قال أهل الظاهر والشافعي .

﴿ الفصل الثالث ﴾

وأما الاقوال والافعال التي يسجد لها فان القائلين بسجود السهو لكل نقصان أو الزيادة وقعت في الصلاة على طريق السهو اتفقوا على ان السجود يكون عن سنن الصلاة دون الفرائض ودون الرغائب فالرغائب لاشيء عندهم فيها أعني اذا سها عنها في الصلاة مالم يكن أكثر من رغيبة واحدة مثل ما يرى مالك انه لا يجب سجود من نسيان تكبيرة واحدة ويجب من أكثر من واحدة وأما الفرائض فلا يجزي عنها الا الاتيان بها وجبرها اذا كان السهو عنها

مما لايوجب اعادة الصلاة بأسرها على ماتقدم فيما يوجب الاعادة وما يوجب القضاء أعني على من ترك بعض أركان الصلاة. وأما سجود السهو للزيادة فانه يقع عند الزيادة في الفرائض والسنن جميعا فهذه الجملة لا اختلاف بينهم فيها وانما يختلفون من قبل اختلافهم فيما منها فرض أو ليس بفرض وفيما هو منها سنة أو ليس بسنة وفيما هو منها سنة أو رغيبة مثال ذلك ان عند مالك ليس يسجد لترك القنوت لانه عنده مستحب ويسجد له عند الشافعي لانه عنده سنة وليس يخفى عليك هذا مماتقدم القول فيه من اختلافهم بين ماهو سنة أوفريضة أورغيبة وعند مالك وأصحابه سجود السهو للزيادة اليسيرة في الصلاة وان كانت من غير جنس الصلاة، وينبغي أن تعلم ان السنة والرغيبة هي عندهم من باب الندب وانما تختلفان عندهم بالاقل والاكثر أعني في تأكيد الامر بها وذلك راجع الى قرائن أحوال تلك العبادة ولذلك يكثر اختلافهم في هذا الجنس كثيرا حتى ان بعضهم يرى ان في بعض السنن ما اذا تركت عمدا ان كانت فعلا أوفعلت عمدا ان كانت تركا ان حكمها حكم الواجب أعني في تعلق الاثم بها وهذا موجود كثيرا لاصحاب مالك وكذلك تجدهم قد اتفقوا ماخلى أهل الظاهر على ان تارك السنن المتكررة بالجملة آثم مثل لو ترك انسان الوتر أو ركعتي الفجر دائما لكان مفسقا آثما فكأن العبادات بحسب هذا النظر منها ماهي فرض بعينها وجنسها مثل الصلوات الخمس ومنها ماهي سنة بعينها فرض بجنسها مثل الوتر وركعتي الفجر وما أشبه ذلك من السنن وكذلك قد تكون عند بعضهم الرغائب رغائب بعينها سنن بجنسها مثل ماحكيناه عن مالك من ايجاب السجود لاكثر من تكبيرة واحدة أعني للسهو عنها ولا تكون فيما أحسب عند هؤلاء سنة بعينها وجنسها.

وأما أهل الظاهر فالسنن عندهم هي سنن بعينها لقوله عليه الصلاة والسلام للاعرابي الذي سأله عن فروض الاسلام: أفلح ان صدق، دخل الجنة أن صدق وذلك بعد ان قال له والله لا أزيد على هذا ولا أنقص منه يعني الفرائض وقد تقدم هذا الحديث واتفقوا من هذا الباب على سجود السهو لترك الجلسة الوسطى واختلفوا فيها هل هي فرض أوسنة وكذلك اختلفوا هل يرجع الامام اذا سبح به اليها أوليس يرجع وان رجع فتى يرجع، فقال الجمهور يرجع مالم يستو قائما، وقال قوم يرجع مالم يعقد الركعة الثالثة. وقال قوم لايرجع ان فارق الارض قيد شبر. واذا رجع عند الذين لايرون رجوعه فالجمهور على ان صلاته جائزة وقال قوم تبطل صلاته.

﴿ الفصل الربع ﴾

وأما صفة سجود السهو فانهم اختلفوا فى ذلك فرأى مالك ان حكم سجدتى السهو اذا كانت بعد السلام ان يتشهد فيها ويسلم منها وبه قال أبو حنيفة لان السجود كله عنده بعد السلام واذا كانت قبل السلام أن يتشهد لها فقط وان السلام من الصلاة هو سلام منها وبه قال الشافعى اذا كان السجود كله عنده قبل السلام وقدروى عن مالك انه لايتشهد للتى قبل السلام وبه قال جماعة. قال أبو عمر اما السلام من التى بعد السلام فثابت عن النبي صلى الله عليه وسلم وأما التشهد فلا أحفظه من وجه ثابت ✡ وسبب هذا الاختلاف هو اختلافهم في تصحيح ماورد من ذلك في حديث ابن مسعود أعنى من انه عليه الصلاة والسلام تشهد ثم سلم وتشبيه سجدتى السهو بالسجدتين الأخيرتين من الصلاة فمن شبهها بها لم يوجب لها التشهد وبخاصة اذا كانت فى نفس الصلاة . وقال أبو بكر بن المنذر اختلف العلماء فى هذه المسئلة على ستة أقوال فقال طائفة لاتشهد فيها ولا تسليم وبه قال أنس بن مالك والحسن وعطاء، وقال قوم مقابل هذا وهو ان فيها تشهداً وتسليما، وقال قوم فيها تشهد فقط دون تسليم وبه قال الحكم وحماد والنخعى، وقال قول مقابل هذا وهو ان فها تسليما وليس فيها تشهد وهو قول ابن سيرين، والقول الخامس ان شاء تشهد وسلم وان شاء لم يفعل روى ذلك عن عطاء، والسادس قول أحمد بن حنبل انه ان سجد بعد السلام تشهد وان سجد قبل السلام لم يتشهد وهو الذى حكيناه نحن عن مالك قال أبو بكر قد ثبت انه صلى الله عليه وسلم كبر فيها أربع تكبيرات وانه سلم وفي ثبوت تشهده فيها نظر.

﴿ الفصل الخامس ﴾

اتفقوا على أن سجود السهو من سنة المنفرد والامام واختلفوا في المأموم يسهو وراء الامام هل عليه سجود أم لا فذهب الجمهور الى أن الامام يحمل عنه السهو وشذ مكحول فألزمه السجود فى خاصة نفسه ✡ وسبب اختلافهم اختلافهم فيه يحمل الامام من الاركان عن المأموم ومالا يحمله واتفقوا على ان الامام اذا سها ان المأموم يتبعه في سجود السهو وان لم يتبعه في سهوه واختلفوا متى يسجد المأموم اذا فاته مع الامام بعض الصلاة وعلى الامام سجود سهو فقال قوم يسجد مع الامام ثم يقوم لقضاء ما عليه و سواء كان سجوده قبل السلام أو بعده وبه قال عطاء والحسن والنخعى والشعبي وأحمد وأبو ثور وأصحاب الرأى، وقال قوم يقضى ثم

يسجد وبه قال ابن سيرين واسحق.وقال قوم اذا سجد قبل التسليم سجدها معه وان سجد بعد التسليم سجدها بعد ان يقضى وبه قال مالك والليث والأوزاعى،وقال قوم يسجدها مع الامام ثم يسجدها ثانية بعد القضاء وبه قال الشافعى ✡ وسبب اختلافهم اختلافهم أى أولى وأخلق أن يتبعه في السجود مصاحباً له أو فى آخر صلاته فكأنهم اتفقوا على ان الاتباع واجب لقوله عليه الصلاة والسلام : انما جعل الامام ليؤتم به واختلفوا هل موضعها للمأموم هو موضع السجود أعنى فى آخر الصلاة أو موضعها هو وقت سجود الامام فمن آثر مقارنة فعله لفعل الامام على موضع السجود ورأى ذلك شرطا في الاتباع أعنى أن يكون فعلهما واحدا حقا قال يسجد مع الامام وان لم يأت بها موضع السجود.ومن آثر موضع السجود قال يؤخرها الى آخر الصلاة ومن أوجب عليه الأمرين أوجب عليه السجود مرتين وهو ضعيف.

﴿ الفصل السادس ﴾

واتفقوا على ان السنة لمن سها في صلاته أن يسبح له وذلك للرجل لما ثبت عنه عليه الصلاة والسلام انه قال : مالى أراكم أكثرتم من التصفيق من نابه شيء في صلاته فليسبح فانه اذا سبح التفت اليه وانما التصفيق للنساء واختلفوا في النساء فقال مالك وجماعة ان التسبيح للرجال والنساء وقال الشافعى وجماعة للرجال التسبيح وللنساء التصفيق ✡ والسبب في اختلافهم اختلافهم في قوله عليه الصلاة والسلام وانما التصفيق للنساء فمن ذهب الى أن معنى ذلك أن التصفيق هو حكم النساء في السهو وهو الظاهر قال النساء يصفقن ولا يسبحن.ومن فهم من ذلك الذم للتصفيق قال الرجال والنساء في التسبيح سواء. وفيه ضعف لانه خروج عن الظاهر بغير دليل الا ان تقاس المرأة في ذلك على الرجل والمرأة كثير ما يخالف حكمها في الصلاة حكم الرجل ولذلك يضعف القياس .وأما سجود السهو الذى هو لموضع الشك فان الفقهاء اختلفوا فيمن شك في صلاته فلم يدر كم صلى أواحدة أو اثنتين أو ثلاثا أو أربعا على ثلاثة مذاهب فقال قوم يبنى على اليقين وهو الاقل ولا يجزيه التحرى ويسجد سجدتى السهو وهو قول مالك والشافعى وداود ،وقال أبو حنيفة ان كان أول أمره فسدت صلاته وان تكرر ذلك منه تحرى وعمل على غلبة الظن ثم يسجد سجدتين بعد السلام وقالت طائفة انه ليس عليه اذا شك لارجوع الى يقين ولا تحر وانما عليه السجود فقط اذا شك ✱ والسبب في اختلافهم تعارض ظواهر الآثار الواردة في هذا الباب وذلك ان في هذا الباب ثلاثة آثار أحدها حديث البناء على اليقين وهو حديث أبى سعيد الخدرى قال قال رسول الله

صلى الله عليه وسلم : اذا شك أحدكم في صلاته فلم يدر كم صلى أثلاثا أم أربعا فليطرح الشك وليبن على ما استيقن ثم يسجد سجدتين قبل ان يسلم فان كان صلى خمسا شفعن له صلاته وان كان صلى اتماما لاربع كانتا ترغيما للشيطان خرجه مسلم ، والثانى حديث ابن مسعود ان النبى عليه الصلاة والسلام قال: اذا سها أحدكم في صلاته فليتحر وليسجد سجدتين وفى رواية أخرى عنه فلينظر احرى ذلك الى الصواب ثم ليسلم ثم ليسجد سجدتى السهو ويتشهد ويسلم، والثالث حديث أبى هريرة خرجه مالك والبخارى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال . ان أحدكم اذا قام يصلى جاءه الشيطان فلبس عليه حتى لايدرى كم صلى فاذا وجد ذلك أحدكم فليسجد سجدتين وهو جالس وفي هذا المعنى أيضا حديث عبد الله بن جعفر خرجه أبو داود أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من شك في صلاته فليسجد سجدتين بعدها ويسلم فذهب الناس فى هذه الاحاديث مذهب الجمع ومذهب الترجيح والذين ذهبوا مذهب الترجيح منهم من لم يلتفت الى المعارض، ومنهم من رام تأويل المعارض وصرفه الى الذى رجح، ومنهم من جمع الامرين أعنى جمع بعضها ورجح بعضها وأول غير المرجح الى معنى المرجح؛ ومنهم من جمع بين بعضها وأسقط حكم البعض .

فاما من ذهب مذهب الجمع في بعض والترجيح في بعض مع تأويل غير المرجح وصرفه الى المرجح فمالك بن أنس فانه حمل حديث أبى سعيد الخدرى على الذى لم يستنكحه الشك وحمل حديث أبى هريرة على الذى يغلب عليه الشك ويستنكحه وذلك من باب الجمع وتأول حديث ابن مسعود على ان المراد بالتحرى هنالك هو الرجوع الى اليقين فأثبت على مذهبه الاحاديث كلها .

وأما من ذهب مذهب الجمع بين بعضها واسقاط البعض وهو الترجيح من غير تاويل المرجح عليه فابو حنيفة فانه قال ان حديث أبى سعيد انما هو حكم من لم يكن عنده ظن غالب يعمل عليه وحديث ابن مسعود على الذى عنده ظن غالب واسقط حكم حديث أبى هريرة وذلك انه قال ما فى حديث أبى سعيد وابن مسعود زيادة والزيادة يجب قبولها والاخذ بها وهذا أيضا كانه ضرب من الجمع .

وأما الذى رجح بعضها وأسقط حكم البعض فالذين قالوا انما عليه السجود فقط وذلك ان هؤلاء رجحوا حديث أبى هريرة وأسقطوا حديث أبى سعيد وابن مسعود وذلك كان أضعف الاقوال فهذا ما رأينا ان نثبته في هذا القسم من قسمى كتاب الصلاة وهو القول فى الصلاة المفروضة فلنصر بعد الى القول في القسم الثانى من الصلاة الشرعية وهي الصلوات التى ليست فروض عين .

كتاب الصلاة الثاني

ولان الصلاة التى ليست بمفروضة على الاعيان منها ماهي سنة ومنها ماهي نفل ومنها ما هي فرض على الكفاية وكانت هذه الاحكام منها ما هو متفق عليه ومنها ماهو مختلف فيه رأينا أن نفرد القول في واحدة واحدة من هذه الصلوات وهي بالجملة عشر، ركعتا الفجر ، والوتر ، والنفل . وركعتا دخول المسجد . والقيام فى رمضان . والكسوف والاستسقاء . والعيدان . وسجود القرآن فانه صلاة ما يشتمل هذا الكتاب على عشرة أبواب والصلاة على الميت نذكرها على حدة في باب أحكام الميت على ما جرت به عادة الفقهاء وهو الذى يترجمونه بكتاب الجنائز.

الباب الاول

القول في الوتر * واختلفوا في الوتر فى خمسة مواضع منها في حكمه، ومنها في صفته، ومنها في وقته، ومنها في القنوت فيه، ومنها فى صلاته على الراحلة .

اما حكمه فقد تقدم القول فيه عند بيان عدد الصلوات المفروضة.

وأما صفته فان مالكا رحمه الله استحب ان يوتر بثلاث يفصل بينها بسلام، وقال أبو حنيفة الوتر ثلاث ركعات من غير ان يفصل بينها بسلام، وقال الشافعي الوتر ركعة واحدة ولكل قول من هذه الاقاويل سلف من الصحابة والتابعين * والسبب في اختلافهم اختلاف الآثار في هذا الباب. وذلك انه ثبت عنه عليه الصلاة والسلام من حديث عائشة : أنه كان يصلى من الليل إحدى عشرة ركعة يوتر منها بواحدة وثبت عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم :قال صلاة الليل مثنى مثنى فاذا رأيت ان الصبح يدركك فاوتر بواحدة وخرج مسلم عن عائشة أنه عليه الصلاة والسلام كان : يصلى ثلاث عشرة ركعة ويوتر من ذلك بخمس لايجلس في شيء الا في آخرها وخرج أبو داود عن أبى أيوب الانصارى أنه عليه الصلاة والسلام قال : الوتر حق على كل مسلم فمن احب ان يوتر بخمس فليفعل ومن أحب أن يوتر بثلاث فليفعل ومن أحب أن يوتر بواحدة فليفعل وخرج أبو داود انه كان يوتر بسبع وتسع وخمس وخرج عن عبد الله بن قيس قال قلت لعائشة بكم كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يوتر قالت كان يوتر بأربع وثلاث وست

وثلاث وثمان وثلاث وعشر وثلاث ولم يكن توتر بأنقص من سبع ولا باكثر من من ثلاث عشرة وحديث ابن عمر عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال : المغرب وتر صلاة النهار فذهب العلماء في هذه الأحاديث مذهب الترجيح. فمن ذهب الى أن الوتر ركعة واحدة قصيرا الى قوله عليه الصلاة والسلام : فاذا خشيت الصبح فاوتر بواحدة والى حديث عائشة انه كان يوتر بواحدة؛ ومن ذهب الى أن الوتر ثلاث من غير أن يفصل بينها وقصر حكم الوتر على الثلاث فقط فليس يصح له أن يحتج بشيء مما في هذا الباب لانها كلها تقتضى التخيير ماعدى حديث ابن عمر أنه قال عليه الصلاة والسلام المغرب وتر صلاة النهار فان لابى حنيفة أن يقول انه اذا شبه شيء بشيء وجعل حكمها واحدا كان المشبه به أحرى أن يكون بتلك الصفة ولما شبهت المغرب بوتر صلاة الليل وكانت ثلاثا وجب أن يكون وتر صلاة الليل ثلاثا ، وأما مالك فانه تمسك في هذا الباب بانه عليه الصلاة والسلام لم يوتر قط الا في أثر شفع فرأى ان ذلك من سنة الوتر وان أقل ذلك ركعتان فالوتر عنده على الحقيقة اما أن يكون ركعة واحدة ولكن من شرطها أن يتقدمها شفع وأما أن يرى ان الوتر المأمور به هو يشتمل على شفع ووتر فانه اذا زيد على الشفع وتر صار الكل وترا ويشهد لهذا المذهب حديث عبد الله بن قيس المتقدم فانه سمى الوتر فيه العدد المركب من شفع ووتر ويشهد لاعتقاده أن الوتر هو الركعة الواحدة انه كان يقول كيف يوتر بواحدة ليس قبلها شيء وأى شيء يوتر له وقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم توتر له ماقد صلى فان ظاهر هذا القول انه كان يرى ان الوتر الشرعى هو العدد الوتر بنفسه أعنى الغير مركب من الشفع والوتر وذلك ان هذا هو وتر لغير ولهذا التأويل عليه أولى والحق في هذا ان ظاهر هذه الاحاديث يقتضى التخيير في صفة الوتر من الواحدة الى التسع على ماروى ذلك من فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم والنظر انما هو في هل من شرط الوتر أن يتقدمه شفع منفصل أم ليس ذلك من شرطه فيشبه أن يقال ذلك من شرطه لانه هكذا كان وتر رسول الله صلى الله عليه وسلم ويشبه ان يقال ليس ذلك من شرطه لانه مسلما قد خرج انه عليه الصلاة والسلام كان اذا انتهى الى الوتر أيقظ عائشة فأوترت وظاهره انها كانت توتردون أن تقدم على وترها شفعا وأيضا فانه قد خرج من طريق عائشة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يوتر بتسع ركعات يجلس في الثامنة والتاسعة ولا يسلم الا في التاسعة ثم يصلى ركعتين وهو جالس فتلك احدى عشرة ركعة فلما أسن وأخذ اللحم أوتر بسبع ركعات لم يجلس الا في السادسة والسابعة ولم يسلم الا في السابعة ثم يصلى ركعتين وهو جالس فتلك تسع ركعات وهذا الحديث الوتر فيه متقدم على الشفع ففيه

حجة على انه ليس من شرط الوتر ان يتقدمه شفع وان الوتر ينطلق على الثلاث ومن الحجة في ذلك ماروى أبوداود عن أبي بن كعب قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم : يوتر بسبح اسم ربك الاعلى وقل ياأيها الكافرون وقل هوالله أحد وعن عائشة مثله وقالت في الثالثة بقل هوالله أحد والمعوذتين .

واما وقته فان العلماء اتفقوا على ان وقته من بعد صلاة العشاء الى طلوع الفجر لورود ذلك من طرق شتى عنه عليه الصلاة والسلام ومن أثبت مافي ذلك ماخرجه مسلم عن أبي نضرة العوفي ان أبا سعيد أخبرهم أنهم سألوا النبي صلى الله عليه وسلم عن الوتر فقال الوتر قبل الصبح ☆ واختلفوا في جواز صلاته بعد الفجر فقوم منعوا ذلك، وقوم أجازوه مالم يصل الصبح وبالقول الاول قال أبويوسف ومحمد بن الحسن صاحبا أبي حنيفة وسفيان الثوري وبالثاني قال مالك والشافعي وأحمد ☆ وسبب اختلافهم معارضة عمل الصحابة في ذلك للآثار وذلك ان ظاهر الآثار الواردة في ذلك أن لايجوز أن يصلى بعد الصبح كحديث أبي نضرة المتقدم وحديث أبي حذيفة العدوي نص في هذا خرجه أبو داود وفيه وجعلها لكم مابين صلاة العشاء الى ان يطلع الفجر ولا خلاف بين أهل الاصول ان مابعد الى بخلاف ماقبلها اذا كانت غاية وان هذا وان كان من باب دليل الخطاب فهو من أنواعه المتفق عليها مثل قوله (وأتموا الصيام الى الليل) وقوله الى المرفقين لاخلاف بين العلماء ان مابعد الغاية بخلاف الغاية . وأما العمل المخالف في ذلك للاثر فانه روى عن ابن مسعود وابن عباس وعبادة بن الصامت وحذيفة وأبي الدرداء وعائشة انهم كانوا يوترون بعد الفجر وقبل صلاة الصبح ولم يرو عن غيرهم من الصحابة خلاف هذا وقد رأى قوم ان مثل هذا هو داخل في باب الاجماع ولا معنى لهذا فانه ليس ينسب الى ساكت قول قائل أعني انه ليس ينسب الى الاجماع من لم يعرف له قول في المسئلة . وأما هذه المسئلة فكيف يصح ان يقال انه لم يرو في ذلك خلاف عن الصحابة وأي خلاف أعظم من خلاف الصحابة الذين رأوا هذه الاحاديث أعني خلافهم لهؤلاء الذين اجازوا صلاة الوتر بعد الفجر. والذى عندي في هذا ان هذا من فعلهم ليس مخالفا للاثار الواردة في ذلك أعني في اجازتهم الوتر بعد الفجر بل اجازتهم ذلك هو من باب القضاء لا من باب الاداء وانما يكون قولهم خلاف الآثار لو جعلوا صلاته بعد الفجر من باب الاداء فتأمل هذا وانما يتطرق الخلاف لهذه المسئلة من باب اختلافهم في هل القضاء في العبادة المؤقتة يحتاج الى أمر جديد أم لا أعني غير أمر الاداء وهذا التاويل بهم أليق فان أكثر مانقل عنهم هذا المذهب من انهم أبصروا يقضون الوتر قبل الصلاة وبعد

الفجر وان كان الذى نقل عن ابن مسعود في ذلك قول أعنى انه كان يقول ان وقت الوتر من بعد العشاء الآخرة الى صلاة الصبح فليس يجب لمكان هذا ان يظن بجميع من ذكرناه من الصحابة انه يذهب هذا المذهب من قبل انه ابصر يصلى الوتر بعد الفجر فينبغى ان تتأمل صفة النقل في ذلك عنهم. وقد حكى ابن المنذر في وقت الوتر عن الناس خمسة أقوال منها القولان المشهوران اللذان ذكرتهما، والقول الثالث انه يصلى الوتر وان صلى الصبح وهو قول طاوس والرابع انه يصليها وان طلعت الشمس وبه قال أبو ثور والاوزاعى؛ والخامس انه يوتر من الليلة القابلة وهو قول سعيد بن جبير. وهذا الاختلاف انما سببه اختلافهم في تأكيده وقربه من درجة الفرض فمن رآه أقرب أوجب القضاء في زمان أبعد من الزمان المختص به ومن رآه أبعد أوجب القضاء في زمان أقرب ومن رآه سنة كسائر السنن ضعف عنده القضاء اذ القضاء انما يجب في الواجبات وعلى هذا يجئ اختلافهم في قضاء صلاة العيد لمن فاتته وينبغى الا يفرق في هذا بين الندب والواجب أعنى ان من رأى ان القضاء في الواجب يكون بامر متجدد ان يعتقد مثل ذلك في الندب ومن رأى انه يجب بالامر الاول ان يعتقد مثل ذلك في الندب.

وأما اختلافهم في القنوت فيه فذهب أبو حنيفة وأصحابه الى انه يقنت فيه ومنعه مالك وأجازه الشافعى فى أحد قوليه في النصف الآخر من رمضان وأجازه قوم في النصف الاول من رمضان وقوم في رمضان كله* والسبب في اختلافهم في ذلك اختلاف الآثار وذلك انه روى عنه صلى الله عليه وسلم القنوت مطلقا وروى عنه القنوت شهرا وروى عنه ان آخر أمره لم يكن يقنت فى شيء من الصلاة وانه نهى عن ذلك وقد تقدمت هذه المسئلة .

وأما صلاة الوتر على الراحلة حيث توجهت به فان الجمهور على جواز ذلك لثبوت ذلك من فعله عليه الصلاة والسلام أعنى انه كان يوتر على الراحلة وهو مما يعتمدونه في الحجة على انها ليست بفرض اذ كان قد صح عنه عليه الصلاة والسلام انه كان يتنفل على الراحلة ولم يصح عنه انه صلى قط مفروضة على الراحلة وأما الحنفية فلمكان اتفاقهم معهم على هذه المقدمة وهو ان كل صلاة مفروضة لا تصلى على الراحلة، واعتقادهم ان الوتر فرض وجب عندهم من ذلك ان لا تصلى على الراحلة وردوا الخبر بالقياس وذلك ضعيف وذهب أكثر العلماء الى أن المرء اذا أوتر ثم نام فقام يتنفل انه لا يوتر ثانية لقوله عليه الصلاة والسلام : لا وتران في ليلة خرج ذلك أبو داود، وذهب بعضهم الى أنه يشفع الوتر الاول بان يضيف اليه ركعة ثانية ويوتر أخرى بعد التنفل شفعا وهي المسئلة التى يعرفونها بنقض الوتر وفيه ضعف من وجهين ، احدهما ان الوتر ليس ينقلب الى النفل بتشفيعه ، والثانى ان التنفل بواحدة غير معروف من الشرع وتجويز هذا ولا تجويزه هو سبب الخلاف في ذلك

فمن راعى من الوتر المعنى المعقول وهو ضد الشفع قال ينقلب شفعاً اذا أضيف اليه ركعة ثانية ومن راعى منه المعنى الشرعى قال ليس ينقلب شفعاً لان الشفع نفل والوتر سنة مؤكدة أو واجبة .

﴿ الباب الثانى في ركعتي الفجر ﴾

واتفقوا على ان ركعتى الفجر سنة لمداومته عليه الصلاة والسلام على فعلها أكثر منه على سائر النوافل ولترغيبه فيها ولانه قضاها بعد طلوع الشمس حين نام عن الصلاة واختلفوا من ذلك في مسائل ، احداها في المستحب من القراءة فيهما فعند مالك المستحب ان يقرأ فيهما بام القرآن فقط، وقال الشافعى لا بأس أن يقرأ فيهما بام القرآن مع سورة قصيرة، وقال أبو حنيفة لا توقيف فيهما في القراءة يستحب وانه يجوز ان يقرأ فيهما المرء حزبه من الليل * والسبب في اختلافهم اختلاف قراءته عليه الصلاة والسلام في هذه الصلاة واختلافهم في تعيين القراءة في الصلاة وذلك انه روى عنه عليه الصلاة والسلام : انه كان يخفف ركعتى الفجر على ماروته عائشة قالت حتى انى أقول أقرأ فيهما بام القرآن أم لا فظاهر هذا انه كان يقرأ فيهما بام القرآن فقط وروى عنه من طريق أبى هريرة خرجه أبو داود انه كان يقرأ فيهما بقل هو الله أحد وقل ياأيها الكافرون فمن ذهب مذهب حديث عائشة اختار قراءة أم القرآن فقط، ومن ذهب مذهب الحديث الثانى اختار أم القرآن وسورة قصيرة، ومن كان على أصله في أنه لا تتعين القراءة في الصلاة لقوله تعالى (فاقرؤا ماتيسر منه) قال يقرأ فيهما ما أحب . والثانية في صفة القراءة المستحبة فيهما فذهب مالك والشافعى وأكثر العلماء الى ان المستحب فيهما هو الاسرار وذهب قوم الى أن المستحب فيهما هو الجهر وخير قوم في ذلك بين الاسرار والجهر * والسبب في ذلك تعارض مفهوم الآثار وذلك ان حديث عائشة المتقدم المفهوم من ظاهره انه عليه الصلاة والسلام يقرأ فيهما سرا ولولا ذلك لم تشك عائشة هل قرأ فيهما بام القرآن أم لا وظاهر ماروى أبو هريره أنه كان يقرأ فيهما بقل ياايها الكافرون وقل هو الله أحد ان قراءته عليه السلام فيهما كانت جهراً ولولا ذلك ما علم أبو هريرة ما كان يقرأ فيهما فمن ذهب مذهب الترجيح بين هذين الاثرين قال اما باختيار الجهر ان رجح حديث أبى هريرة واما باختيار الاسرار ان رجح حديث عائشة ، ومن ذهب مذهب الجمع قال بالتخيير . والثالثة في الذى لم يحصل ركعتى الفجر وأدرك الامام في الصلاة أو دخل المسجد ليصليهما فاقيمت الصلاة فقال مالك اذا كان قد دخل المسجد فاقيمت الصلاة فاليدخل مع الامام في الصلاة ولا يركعهما في المسجد والامام يصلى الفرض وان كان لم يدخل

المسجد فان لم يخف أن يفوته الامام بركعة فليركعهما خارج المسجد وإن خاف فوات الركعة فليدخل مع الامام ثم يصليهما اذا طلعت الشمس، ووافق أبو حنيفة مالكا في الفرق بين ان يدخل المسجد أولا يدخله وخالفه في الحد في ذلك فقال يركعهما خارج المسجد ما ظن انه يدرك ركعة من الصبح مع الامام، وقال الشافعي اذا أقيمت الصلاة المكتوبة فلا يركعهما أصلا لا داخل المسجد ولا خارجه وحكى ابن المنذر ان قوما جوزوا ركوعها في المسجد والامام يصلي وهو شاذ * والسبب في اختلافهم اختلافهم في مفهوم قوله عليه الصلاة والسلام : اذا أقيمت الصلاة فلا صلاة الا المكتوبة فمن حمل هذا على عمومه لم يجز صلاة ركعتي الفجر اذا أقيمت الصلاة المكتوبة لا خارج المسجد ولا داخله ومن قصره على المسجد فقط أجاز ذلك خارج المسجد مالم تفته الفريضة أو لم يفته منها جزء، ومن ذهب مذهب العموم فالعلة عنده في النهي انما هو الاشتغال بالنفل عن الفريضة، ومن قصر ذلك على المسجد فالعلة عنده انما هو أن تكون صلاتان معا في موضع واحد لمكان الاختلاف على الامام كما روي عن أبي سلمة بن أبي عبد الرحمن أنه قال سمع قوم الاقامة فقاموا يصلون فخرج عليهم رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال أصلاتان معا أصلاتان معا قال وذلك في صلاة الصبح والركعتين اللتين قبل الصبح وانما اختلف مالك وأبو حنيفة في القدر الذي يراعى من فوات صلاة الفريضة من قبل اختلافهم في القدر الذي به يفوت فضل صلاة الجماعة المشتغل بركعتي الفجر اذ كان فضل صلاة الجماعة عندهم أفضل من ركعتي الفجر فمن رأى أنه بفوات ركعة منها يفوته فضل صلاة الجماعة قال يتشاغل بها ما لم تفته ركعة من الصلاة المفروضة ومن رأى انه يدرك الفضل اذا أدرك ركعة من الصلاة لقوله عليه الصلاة والسلام: من أدرك ركعة من الصلاة فقد أدرك الصلاة أي قد أدرك فضلها وحمل ذلك على عمومه في تارك ذلك قصدا أو بغير اختيار قال يتشاغل بها ما ظن انه يدرك ركعة منها، ومالك انما يحمل هذا الحديث والله اعلم على من فاتته الصلاة دون قصد منه لفواتها ولذلك رأى أنه اذا فاتته منها ركعة فقد فاته فضلها وأما من أجاز ركعتي الفجر في المسجد والصلاة تقام فالسبب في ذلك أحد أمرين ، اما أنه لم يصح عنده هذا الاثر ؛ أو لم يبلغه قال أبو بكر بن المنذر هو أثر ثابت أعني قوله عليه الصلاة والسلام : اذا أقيمت الصلاة فلا صلاة الا المكتوبة وكذلك صححه أبو عمر بن عبد البر وإجازة ذلك تروى عن ابن مسعود، والرابعة في وقت قضائها اذا فاتت حتى صلى الصبح فان طائفة قالت يقضيها بعد صلاة الصبح وبه قال عطاء وابن جريج، وقال قوم يقضيها بعد طلوع الشمس ومن هؤلاء من جعل لها هذا الوقت غير متسع ومنهم من جعله لها متسعا فقال يقضيها من لدن طلوع الشمس

الى وقت الزوال ولا يقضيها بعدالزوال وهؤلاء الذين قالوا بالقضاء منهم من استحب ذلك ومنهم من خير فيه.والاصل في قضائها صلاته لها عليه الصلاة والسلام بعد طلوع الشمس حين نام عن الصلاة

الباب الثالث في النوافل

واختلفوا في النوافل هل تثنى أو تربع أوتثلث فقال مالك والشافعى صلاة التطوع بالليل والنهار مثنى مثنى يسلم في كل ركعتين وقال أبو حنيفة ان شاء ثنى أو ثلث أوربع أوسدس أو ثمن دون ان يفصل بينهما بسلام،وفرق قوم بين صلاة الليل وصلاة النهار فقالوا صلاة الليل مثنى مثنى وصلاة النهار أربع ✡ والسبب في اختلافهم اختلاف الآثار الواردة في هذا الباب وذلك انه ورد في هذا الباب من حديث ابن عمران أن رجلا سأل النبي عليه الصلاة والسلام عن صلاة الليل فقال : صلاة الليل مثنى مثنى فاذا خشى أحدكم الصبح صلى ركعة واحدة توتر له ما قد صلى وثبت عنه عليه الصلاة والسلام:انه كان يصلى قبل الظهر ركعتين وبعدها ركعتين وبعد المغرب ركعتين وبعد الجمعة ركعتين وقبل العصر ركعتين فمن أخذ بهذين الحديثين قال صلاة الليل والنهار مثنى مثنى وثبت أيضاً من حديث عائشة انها قالت وقد وصفت صلاة رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يصلى اربعا فلا تسأل عن حسنهن وطولهن ثم يصلى أربعا فلا تسأل عن حسنهن وطولهن ثم يصلى ثلاثا قالت فقلت يارسول الله :أتنام قبل ان توتر قال يا عائشة إن عينى تنامان ولا ينام قلبي وثبت عنه أيضا من طريق أبى هريرة أنه قال عليه الصلاة والسلام : من كان يصلى بعد الجمعة فليصل أربعاً وروى الاسود عن عن عائشة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يصلى من الليل تسع ركعات فلما أسن صلى سبع ركعات فمن أخذ أيضا بظاهر هذه الاحاديث جوز التنفل بالاربع والثلاث دون أن يفصل بينهما بسلام والجمهور على انه لا يتنفل بواحدة وأحسب إن فيه خلافا شاذا.

الباب الرابع

في ركعتى دخول المسجد والجمهور على أن ركعتى دخول المسجد مندوب اليها من غير ايجاب،وذهب أهل الظاهر الى وجوبها ✡ وسبب الخلاف فى ذلك هل الامر في قوله عليه الصلاة والسلام : اذا جاء أحدكم المسجد فليركع ركعتين محمول على الندب أوعلى الوجوب فان الحديث متفق على صحته فمن تمسك في ذلك بما اتفق عليه الجمهور

من ان الاصل هو حمل الاوامر المطلقة على الوجوب حتى يدل الدليل على الندب ولم ينقدح عنده دليل ينقل الحكم من الوجوب الى الندب قال الركعتان واجبتان، ومن انقدح عنده دليل على حمل الاوامر ههنا على الندب أوكان الاصل عنده في الاوامر أن تحمل على الندب حتى يدل الدليل على الوجوب فان هذا قد قال به قوم قال الركعتان غير واجبتين.لكن الجمهور انما ذهبوا الى حمل الامر ههنا على الندب لمكان التعارض الذى بينه وبين الاحاديث التىتقتضى بظاهرها أوبنصها ان لاصلاة مفروضة الا الصلوات الخمس التى ذكرناها فى صدر هذا الكتاب مثل حديث الاعرابى وغيره وذلك انه ان حمل الامر ههنا على الوجوب لزم أن تكون المفروضات أكثرمن خمس ولمن أوجبها أن الوجوب ههنا انما هو متعلق بدخول المسجد لامطلقا كالامر بالصلوات المفروضة وللفقهاءان تقييد وجوبها بالمكان شبيه بتقييد وجوبها بالزمان ولاهل الظاهر ان المكان المخصوص ليس من شرط صحة الصلاة والزمان من شرط صحة الصلاة المفروضة ✡ واختلاف العلماء من هذا الباب فيمن جاء المسجد وقد ركع ركعتى الفجر في بيته هل يركع عند دخوله المسجد أم لا فقال الشافعى يركع وهى رواية أشهب عن مالك وقال ابوحنيفة لايركع وهى رواية ابن القاسم عن مالك ✡ وسبب اختلافهم معارضة عموم قوله عليه الصلاة والسلام : اذا جاء أحدكم المسجد فليركع ركعتين قوله عليه الصلاة والسلام لاصلاة بعد الفجر الا ركعتى الصبح فههنا عمومان وخصوصان ؛ أحدهما في الزمان ؛ والآخر في الصلاة وذلك أن حديث الامر بالصلاة عند دخول المسجد عام في الزمان خاص في الصلاة والنهى عن الصلاة بعد الفجر الاركعتا الصبح خاص في الزمان عام في الصلاة فمن استثنى خاص الصلاة من عامها رأى الركوع بعد ركعتى الفجر ومن استثنى خاص الزمان من عامه لم يوجب ذلك وقد قلنا ان مثل هذا التعارض اذا وقع فليس يجب أن يصارالى أحد التخصيصين الابدليل وحديث النهى لايعارض به حديث الامر الثابت والله أعلم فان ثبت الحديث وجب طلب الدليل من موضع آخر .

﴿ الباب الخامس ﴾

وأجمعوا على أن قيام شهر رمضان مرغب فيه أكثر من سائر الاشهر لقوله عليه الصلاة والسلام: من قام رمضان ايمانا واحتسابا غفر له ماتقدم من ذنبه وان التراويح التى جمع عليها عمر بن الخطاب الناس مرغب فيها وان كانوا اختلفوا أى أفضل أهى أو الصلاة آخر الليل أعنى التى كانت صلاة رسول الله صلى الله عليه وسلم لكن الجمهور

على ان الصلاة آخر الليل أفضل لقوله عليه الصلاة والسلام : أفضل الصلاة صلاتكم في بيوتكم الا المكتوبة ولقول عمر فيها والتى تنامون عنها أفضل* واختلفوا في المختار من عدد الركعات التى يقوم بها الناس فى رمضان فاختار مالك في أحد قوليه وأبو حنيفة والشافعي وأحمد وداود القيام بعشرين ركعة سوى الوتر وذكر ابن القاسم عن مالك أنه كان يستحسن ستاً وثلاثين ركعة والوتر ثلاث * وسبب اختلافهم اختلاف النقل في ذلك وذلك أن مالكا روى عن يزيد بن رومان قال كان الناس يقومون في زمان عمر بن الخطاب بثلاث وعشرين ركعة وخرج ابن أبى شيبة عن داود بن قيس قال أدركت الناس بالمدينة في زمان عمر بن عبد العزيز وأبان بن عثمان يصلون ستا وثلاثين ركعة ويوترون بثلاث وذكر ابن القاسم عن مالك انه الامر القديم يعنى القيام بست وثلاثين ركعة .

﴿ الباب السادس في صلاة الكسوف ﴾

اتفقوا على أن صلاة كسوف الشمس سنة وانها في جماعة ، واختلفوا في صفتها وفى صفة القراءة فيها وفي الاوقات التى تجوز فيها وهل من شروطها الخطبة أم لا وهل كسوف القمر في ذلك ككسوف الشمس ففى ذلك خمس مسائل أصول في هذا الباب.

(المسئلة الاولى) ذهب مالك والشافعي وجمهور أهل الحجاز وأحمد أن صلاة الكسوف ركعتان في كل ركعة ركوعان، وذهب أبو حنيفه والكوفيون الى أن صلاة الكسوف ركعتان على هيئة صلاة العيد والجمعة * والسبب في اختلافهم اختلاف الآثار الواردة في هذا الباب ومخالفة القياس لبعضها وذلك انه ثبت من حديث عائشة أنها قالت خسفت الشمس في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فصلى بالناس فقام فأطال القيام ثم ركع فاطال الركوع ثم قام فاطال القيام وهو دون القيام الاول ثم ركع فاطال الركوع وهو دون الركوع الاول ثم رفع فسجد ثم رفع فسجد ثم فعل في الركعة الآخرة مثل ذلك ثم انصرف وقد تجلت الشمس ولما ثبت أيضا من هذه الصفة في حديث ابن عباس أعنى من ركوعين في ركعة قال أبو عمر هذان الحديثان من أصح ماروى في هذا الباب فمن أخذ بهذين الحديثين ورجحهما على غيرهما من قبل النقل قال صلاة الكسوف ركعتان في ركعة وورد أيضا من حديث أبى بكرة وسمرة بن جندب وعبد الله بن عمر والنعمان بن بشير انه صلى في الكسوف ركعتين كصلاة العيد قال أبو عمر بن عبد البر وهي كلها آثار مشهورة صحاح ومن أحسنها حديث أبى قلابة عن النعمان بن بشير قال صلى بنا رسول

الله صلى الله عليه وسلم في الكسوف نحو صلاتكم يركع ويسجد ركعتين ركعتين ويسأل الله حتى تجلت الشمس فمن رجح هذه الآثار لكثرتها وموافقتها القياس أعني موافقتها سائر الصلوات قال صلاة الكسوف ركعتان . قال القاضي خرج مسلم حديث سمرة قال أبو عمر وبالجملة فانما صار كل فريق منهم الى ماروى عن سلفه ولذلك رأى بعض أهل العلم ان هذا كله على التخيير وممن قال بذلك الطبري . قال القاضي وهو الاولى فان الجمع أولى من الترجيح قال أبو عمر وقد روى في صلاة الكسوف عشر ركعات في ركعتين وثمان ركعات في ركعتين وست ركعات في ركعتين وأربع ركعات في ركعتين لكن من طرق ضعيفة . قال أبو بكر بن المنذر وقال اسحاق بن راهويه كل ماورد من ذلك فمؤتلف غير مختلف لان الاعتبار في ذلك لتجلي الكسوف فالزيادة في الركوع انما تقع بحسب اختلاف التجلي في الكسوفات التي صلى فيها وروى عن العلاء بن زياد انه كان يرى أن المصلي ينظر الى الشمس إذا رفع رأسه من الركوع فان كانت قد تجلت سجد وأضاف اليها ركعة ثانية وان كانت لم تتجل ركع في الركعة الواحدة ركعة ثانية ثم نظر الى الشمس فان كانت تجلت سجد وأضاف اليها ثانية وان كانت لم تتجل ركع ثالثة في الركعة الاولى وهكذا حتى تنجلي وكان اسحق بن راهويه يقول لايتعدى بذلك أربع ركعات في ركعة لانه لم يثبت عن النبي عليه الصلاة والسلام أكثر من ذلك وقال أبو بكر بن المنذر وكان بعض أصحابنا يقول الاختيار في صلاة الكسوف ثابت والخيار في ذلك للمصلي ان شاء في كل ركعة ركوعين وان شاء ثلاثة وان شاء أربعة ولم يصح عنده ذلك قال وهذا يدل على ان النبي عليه الصلاة والسلام صلى في كسوفات كثيرة. قال القاضي هذا الذي ذكره هو الذي خرجه مسلم ولاأدري كيف قال أبو عمر فيها انها وردت من طرق ضعيفة وأما عشر ركعات في ركعتين فانما أخرجه أبو داود فقط .

(المسئلة الثانية) واختلفوا في القراءة فيها فذهب مالك والشافعي الى أن القراءة فيها سر ؛ وقال أبو يوسف ومحمد بن الحسن وأحمد واسحاق وابن راهويه يجهر بالقراءة فيها * والسبب في اختلافهم اختلاف الآثار في ذلك بمفهومها وبصيغها وذلك أن مفهوم حديث ابن عباس الثابت انه قرأ سرا لقوله فيه عنه عليه الصلاة والسلام فقام قياما نحواً من سورة البقرة وقد روى هذا المعنى نصاً عنه أنه قال قمت الى جنب رسول الله صلى الله عليه وسلم فما سمعت منه حرفا وقد روى أيضاً من طريق ابن اسحاق عن عائشة في صلاة الكسوف انها قالت تحريت قراءته فحزرت انه قرأ سورة البقرة فمن رجح هذه الاحاديث قال القراءة فيها سر ولمكان ماجاء في هذه الآثار استحب مالك والشافعي لن يقرأ في الاولى البقرة وفي الثانية آل عمران وفي

الثالثة بقدر مائة وخمسين آية من البقرة وفي الرابعة بقدر خمسين آية من البقرة وفي كل واحدة ام القرآن ورجحوا أيضا مذهبهم هذا بما روى عنه عليه الصلاة والسلام انه قال : صلاة النهار عجماء ووردت هنا أيضاً أحاديث مخالفة لهذه فنها انه روى انه عليه الصلاة والسلام : قرأ في أحدى الركعتين من صلاة الكسوف بالنجم ومفهوم هذا انه جهر وكان أحمد واسحق يحتجان لهذا المذهب بحديث سفيان بن الحسن عن الزهرى عن عروة عن عائشة أن النبي عليه الصلاة والسلام : جهر بالقراءة في كسوف الشمس قال أبو عمر سفيان بن الحسن ليس بالقوى وقال وقد تابعه على ذلك عن الزهرى عبدالرحمن بن سليمان بن كثير وكلهم ليس في الحديث الزهرى مع ان حديث ابن اسحاق المتقدم عن عائشة يعارضه واحتج هؤلاء أيضا لمذهبهم بالقياس الشبهى فقالوا صلاة سنة تفعل في جماعة نهارا فوجب ان يجهر فيها أصله العيدان والاستسقاء وخير في ذلك كله الطبرى وهي طريقة الجمع وقد قلنا انها أولى من طريقة الترجيح اذا أمكنت ولا خلاف في هذا أعلمه بين الاصوليين .

(المسئلة الثالثة) واختلفوا في الوقت الذى تصلى فيه فقال الشافعى تصلى في جميع الاوقات المنهى عن الصلاة فيها وغير المنهى، وقال أبو حنيفة لاتصلى فى الاوقات المنهى عن الصلاة فيها، وأما مالك فروى عنه ابن وهب أنه قال لا يصلى لكسوف الشمس الا فى الوقت الذى تجوز فيه النافلة وروى ابن القاسم أن سنتها أن تصلى ضحى الى الزوال ☆ وسبب اختلافهم في هذه المسئلة اختلافهم في جنس الصلاة التى لاتصلى في الاوقات المنهى عنها فمن رأى أن تلك الاوقات تختص بجميع اجناس الصلاة لم يجز فيها صلاة كسوف ولا غيرها، ومن رأى ان تلك الاحاديث تختص بالنوافل وكانت الصلاة عنده في الكسوف سنة أجاز ذلك، ومن رأى أيضا انها من النفل لم يجزها في أوقات النهى وأما رواية ابن القاسم عن مالك فليس لها وجه الا تشبيهها بصلاة العيد :

(المسئلة الرابعة) واختلفوا أيضا هل من شرطها الخطبة بعد الصلاة فذهب الشافعى إلى أن ذلك من شرطها، وذهب مالك وأبو حنيفة الى انه لاخطبة فى صلاة الكسوف ☆ والسبب في اختلافهم اختلافهم في العلة التي من أجلها خطب رسول الله الناس لما انصرف من صلاة الكسوف على ما في حديث عائشة وذلك أنها روت انه لما انصرف من الصلاة وقد تجلت الشمس حمد الله وأثنى عليه ثم قال : ان الشمس والقمر آيتان من آيات الله لا يخسفان لموت أحد ولا لحياته الحديث فزعم الشافعى انه انما خطب لان من سنة هذه الصلاة الخطبة كالحال في صلاة العيدين والاستسقاء، وزعم بعض من قال بقول أولئك ان

خطبة النبي عليه الصلاة والسلام إنما كانت يومئذ لان الناس زعموا أن الشمس انما كسفت لموت ابراهيم ابنه عليه السلام.

(المسئلة الخامسة) واختلفوا في كسوف القمر فذهب الشافعي الى انه يصلى له في جماعة وعلى نحو ما يصلى في كسوف الشمس وبه قال أحمد وداود وجماعة وذهب مالك وأبو حنيفة الى انه لا يصلى له في جماعة واستحبوا أن يصلى الناس له افذاذا ركعتين كسائر الصلوات النافلة * وسبب اختلافهم اختلافهم في مفهوم قوله عليه الصلاة والسلام : أن الشمس والقمر آيتان من آيات الله لا يخسفان لموت أحد ولا لحياته فاذا رأيتموها فادعوا الله وصلوا حتى يكشف ما بكم وتصدقوا خرجه البخارى ومسلم فمن فهم ههنا من الامر بالصلاة فيهما معنى واحداً وهي الصفة التى فعلها في كسوف الشمس رأى الصلاة فيها في جماعة ومن فهم من ذلك معنى مختلفا لانه لم يروعنه عليه الصلاة والسلام أنه صلى فى كسوف القمر مع كثرة دورانه قال المفهوم من ذلك أقل ماينطلق عليه اسم صلاة فى الشرع وهى النافلة فذاً وكان قائل هذا القول يرى أن الاصل هو ان يحمل اسم الصلاة في الشرع اذا ورد لامر بها على أقل ماينطلق عليه هذا الاسم في الشرع إلا ان يدل الدليل على غير ذلك فلما دل فعله عليه الصلاة والسلام في كسوف الشمس على غير ذلك بقى المفهوم في كسوف القمر على أصله والشافعي يجعل فعله في كسوف الشمس بيانا لمجمل ماأمر به من الصلاة فيهما فوجب الوقوف عند ذلك، وزعم أبو عمر بن عبد البر انه روى عن ابن عباس وعثمان انهما صليا في القمر في جماعة ركعتين في كل ركعة ركوعان مثل قول الشافعي . وقد استحب قوم الصلاة للزلزلة والريح والظلمة وغير ذلك من الآيات قياسا على كسوف القمر والشمس لنصه عليه الصلاة والسلام على العلة في ذلك وهو كونها آية وهو من أقوى أجناس القياس عندهم لانه قياس العلة التى نص عليها لكن لم ير هذا مالك ولا الشافعي ولا جماعة من أهل العلم ، وقال أبو حنيفة ان صلى للزلزلة فقد أحسن والا فلا حرج وروى ابن عباس انه صلى لها مثل صلاة الكسوف .

(الباب السابع في صلاة الاستسقاء)

أجمع العلماء على أن الخروج الى الاستسقاء والبروز عن المصر والدعاء الى الله تعالى والتضرع اليه في نزول المطر سنة سنها رسول الله صلى الله عليه وسلم واختلفوا في الصلاة في الاستسقاء فالجمهور على أن ذلك من سنة الخروج الى الاستسقاء

الا أباحنيفة فانه قال ليس من سنة الصلاة * وسبب الخلاف انه ورد في بعض الآثار انه استسقى وصلى وفي بعضها لم يذكر فيها صلاة ومن أشهر ماورد في انه صلى وبه أخذ الجمهور حديث عباد بن تميم عن عمه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم خرج بالناس يستسقي فصلى بهم ركعتين جهر فيهما بالقراءة ورفع يديه حذو منكبيه وحول رداءه واستقبل القبلة واستسقى خرجه البخاري ومسلم، وأما الاحاديث التي ذكر فيها الاستسقاء وليس فيها ذكر للصلاة فمنها حديث أنس بن مالك خرجه مسلم انه قال جاء رجل الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال يارسول الله هلكت المواشي وتقطعت السبل فادع الله فدعا رسول الله صلى الله عليه وسلم فمطرنا من الجمعة الى الجمعة ومنها حديث عبد الله بن زيد المازني وفيه أنه قال خرج رسول الله صلى الله عليه وسلم فاستسقى وحول رداءه حين استقبل القبلة ولم يذكر فيه صلاة وزعم القائلون بظاهر هذا الاثر ان ذلك مروى عن عمر بن الخطاب أعني انه خرج الى المصلى فاستسقى ولم يصل، والحجة للجمهور انه من لم يذكر شيئا فليس هو بحجة على من ذكره والذى يدل عليه اختلاف الآثار في ذلك ليس عندي فيه شيء أكثر من أن الصلاة ليست من شرط صحة الاستسقاء اذ قد ثبت أنه عليه الصلاة والسلام قد استسقى على المنبر لا أنها ليست من سنته كما ذهب اليه أبوحنيفة وأجمع القائلون بان الصلاة من سنته على أن الخطبة أيضا من سنته لورود ذلك في الاثر قال ابن المنذر ثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم صلى صلاة الاستسقاء وخطب، واختلفوا هل هي قبل الصلاة أو بعدها لاختلاف الاثار في ذلك فرأى قوم انها بعد الصلاة قياسا على صلاة العيدين وبه قال الشافعي ومالك، وقال الليث بن سعد الخطبة قبل الصلاة قال ابن المنذر قد روى عن النبي صلى الله عليه وسلم: انه استسقى فخطب قبل الصلاة وروى عن عمر بن الخطاب مثل ذلك وبه نأخذ · قال القاضي وقد خرج ذلك أبوداود من طرق ومن ذكر الخطبة فانما ذكرها في علمي قبل الصلاة واتفقوا على ان القراءة فيها جهرا * واختلفوا هل يكبر فيها كما يكبر في العيدين فذهب مالك الى انه يكبر فيها كما يكبر في سائر الصلوات وذهب الشافعي الى انه يكبر فيها كما يكبر في العيدين * وسبب الخلاف اختلافهم في قياسها على صلاة العيدين وقد احتج الشافعي لمذهبه في ذلك بما روى عن ابن عباس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم: صلى فيها ركعتين كما يصلي في العيدين واتفقوا على أن من سنتها ان يستقبل الامام القبلة واقفا ويدعو ويحول رداءه رافعا يديه على ماجاء في الآثار * واختلفوا في كيفية ذلك ومتى يفعل ذلك فأما كيف ذلك فالجمهور على أنه يجعل ما على يمينه على شماله وما على شماله على يمينه، وقال الشافعي بل يجعل أعلاه أسفله وما على يمينه منه على يساره.

وماعلى يساره على يمينه * وسبب الاختلاف اختلاف الآثار في ذلك وذلك أنه جاء في حديث عبد الله بن زيد أنه صلى الله عليه وسلم : خرج الى المصلى يستسقى فاستقبل القبلة وقلب رداءه وصلى ركعتين وفي بعض رواياته قلت أجعل الشمال على اليمين واليمين على الشمال أم اجعل اعلاه أسفله قال بل جعل الشمال على اليمين واليمين على الشمال وجاء أيضا في حديث عبد الله هذا انه قال استسقى رسول الله صلى الله عليه وسلم وعليه خميصة له سوداء فاراد أن ياخذ باسفلها فيجعله اعلاها فلما ثقلت عليه قلبها على عاتقه.

وأما متى يفعل الامام ذلك فان مالكا والشافعى قالا يفعل ذلك عند الفراغ من الخطبة، وقال أبو يوسف يحول رداءه اذا مضى صدر من الخطبة وروى ذلك أيضا عن مالك وكلهم يقول انه اذا حول الامام رداءه قائما حول الناس اردیتهم جلوسا لقوله عليه الصلاة والسلام إنما جعل الامام ليؤتم به الا محمد بن الحسن والليث بن سعد وبعض أصحاب مالك فان الناس عندهم لايحولون اردیتهم بتحويل الامام لانه لم ينقل ذلك في صلاته عليه الصلاة والسلام بهم وجماعة العلماء على أن الخروج لها وقت الخروج الى صلاة العيدين الا أبا بكر بن محمد بن حزم فانه قال ان الخروج اليها عند الزوال وروى أبو داود عن عائشة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم. خرج الى الاستسقاء حين بدا حاجب الشمس .

﴿ الباب الثامن في صلاة العيدين ﴾

أجمع العلماء على استحسان الغسل لصلاة العيدين وأنهما بلا أذان ولا اقامة لثبوت ذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم الا ما أحدث من ذلك معاوية في أصح الاقاويل قاله أبو عمر. وكذلك أجمعوا على أن السنة فيها تقديم الصلاة على الخطبة لثبوت ذلك أيضا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم الا ما روى عن عثمان بن عفان أنه أخر الصلاة وقدم الخطبة لئلا يفترق الناس قبل الخطبة وأجمعوا أيضا على أنه لا توقيت في القراءة في العيدين وأكثرهم استحب أن يقرأ في الاولى بسبح وفي الثانية بالغاشية لتواتر ذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم، واستحب الشافعى القراءة فيهما بقاف والقرآن المجيد واقتربت الساعة لثبوت ذلك عنه عليه الصلاة والسلام * واختلفوا من ذلك في مسائل أشهرها اختلافهم في التكبير وذلك انه حكى في ذلك أبو بكر بن المنذر نحوا من اثنى عشر قولا الا انا نذكر من ذلك المشهور الذى يستند الى صحابى أو سماع (فنقول) ذهب مالك الى أن التكبير في الاولى من ركعتى العيدين سبع مع تكبيرة الاحرام قبل القراءة وفي الثانية ست مع تكبيرة القيام من السجود وقال الشافعى في الاولى ثمانية وفى الثانية

ست مع تكبيرة القيام من السجود وقال ابو حنيفة يكبر في الاولى ثلاثا بعد تكبيرة الاحرام يرفع يديه فيها ثم يقرأ أم القرآن وسورة ثم يكبرر ابعا ولا يرفع يديه فاذا قام الى الثانية كبر ولم يرفع يديه وقرأ فاتحة الكتاب وسورة ثم كبر ثلاث تكبيرات يرفع فيها يديه ثم يكبر للركوع ولا يرفع فيها يديه؛ وقال قوم فيها تسع في كل ركعة وهو مروى عن ابن عباس والمغيرة بن شعبة وأنس بن مالك وسعيد بن المسيب وبه قال النخعي ❊ وسبب اختلافهم اختلاف الآثار المنقولة في ذلك عن الصحابة فذهب مالك رحمه الله الى مارواه عن ابن عمر انه قال شهدت الاضحى والفطر مع أبي هريرة فكبر في الاولى سبع تكبيرات قبل القراءة وفي الآخرة خمسا قبل القراءة ولان العمل عنده بالمدينة كان على هذا وبهذا الاثر بعينه أخذ الشافعي الا أنه تأول في السبع انه ليس فيها تكبيرة الاحرام كما ليس في الخمس تكبيرة القيام ويشبه أن يكون مالك انما أصاره أن يعد تكبيرة الاحرام في السبع ويعد تكبيرة القيام زائدا على الخمس المروية ان العمل الفاه على ذلك فكانه عنده وجه من الجمع بين الاثر والعمل وقد خرج أبو داود معنى حديث أبي هريرة مرفوعا عن عائشة وعن عمرو بن العاصي وروى أنه سئل أبو موسى الاشعري وحذيفة بن اليمان كيف كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يكبر في الاضحى والفطر فقال أبو موسى كان يكبر أربعا على الجنائز فقال حذيفة صدق فقال أبو موسى كذلك كنت أكبر في البصرة حين كنت عليهم؛ وقال قوم بهذا؛ وأما أبو حنيفة وسائر الكوفيين فانهم اعتمدوا في ذلك على ابن مسعود وذلك انه ثبت عنه انه كان يعلمهم صلاة العيدين على الصفة المتقدمة وانما صار الجميع الى الاخذ بأقاويل الصحابة في هذه المسئلة لانه لم يثبت فيها عن النبي عليه الصلاة والسلام شيء ومعلوم أن فعل الصحابة في ذلك هو توقيف اذ لا مدخل للقياس في ذلك. وكذلك اختلفوا في رفع اليدين عند كل تكبيرة فنهم من رأى ذلك وهو مذهب الشافعي، ومنهم من لم ير الرفع الا في الاستفتاح فقط ومنهم من خير ❊ واختلفوا فيمن تجب عليه صلاة العيد أعني وجوب السنة فقالت طائفة يصليها الحاضر والمسافر وبه قال الشافعي والحسن البصري وكذلك قال الشافعي أنه يصليها أهل البوادي ومن لا يجمع حتى المرأة في بيتها، وقال أبو حنيفة واصحابه انما تجب صلاة الجمعة والعيدين على أهل الامصار والمدائن ؛ وروى عن علي انه قال : لا جمعة ولا تشريق الا في مصر جامع وروى عن الزهري انه قال : لا صلاة فطر ولا أضحى على مسافر ❊ والسبب في هذا الاختلاف اختلافهم في قياسها على الجمعة فمن قاسها على الجمعة كان مذهبه فيها على مذهبه في الجمعة ومن لم يقسها رأى أن الاصل هو أن كل مكلف مخاطب بها حتى يثبت استثناؤه من الخطاب . قال القاضي

قد فرقت السنة بين الحكم للنساء في العيدين والجمعة وذلك انه ثبت انه عليه الصلاة والسلام أمر النساء بالخروج للعيدين ولم يأمر بذلك في الجمعة. وكذلك اختلفوا في الموضع الذي يجب منه المجيء اليها كاختلافهم في صلاة الجمعة من الثلاثة الاميال الى مسيرة اليوم التام. واتفقوا على أن وقتها من شروق الشمس الى الزوال واختلفوا فيمن لم يأتهم علم بانه العيد الا بعد الزوال فقالت طائفة ليس عليهم أن يصلوا يومهم ولا من الغد وبه قال مالك والشافعي وأبو ثور، وقال آخرون يخرجون الى الصلاة في غداة ثاني العيد وبه قال الاوزاعي وأحمد واسحق قال أبو بكر بن المنذر وبه نقول لحديث رويناه عن النبي عليه الصلاة والسلام: أنه أمرهم أن يفطروا فاذا أصبحوا أن يعودوا الى مصلاهم. قال القاضي خرجه أبو داود الا أنه عن صحابي مجهول ولكن الاصل فيهم رضي الله عنهم حملهم على العدالة. واختلفوا اذا اجتمع في يوم واحد عيد وجمعة هل يجزي العيد عن الجمعة فقال قوم يجزي العيد عن الجمعة وليس عليه في ذلك اليوم الا العصر فقط وبه قال عطاء وروي ذلك عن ابن الزبير وعلي، وقال قوم هذه رخصة لاهل البوادي الذين يردون الامصار للعيد والجمعة خاصة كما روي عن عثمان أنه خطب في يوم عيد وجمعة فقال من أحب من أهل العالية أن ينتظر الجمعة فلينتظر ومن أحب أن يرجع فليرجع رواه مالك في الموطأ وروي نحوه عن عمر بن عبد العزيز وبه قال الشافعي، وقال مالك وأبو حنيفة اذا اجتمع عيد وجمعة فالمكلف مخاطب بهما جميعا العيد على أنه سنة والجمعة على أنها فرض ولا ينوب أحدهما عن الآخر وهذا هو الاصل الا أن يثبت في ذلك شرع يجب المصير اليه ومن تمسك بقول عثمان فلانه رأى أن مثل هذا ليس هو بالرأي وانما هو توقيف وليس هو بخارج عن الاصول كل الخروج.

وأما اسقاط فرض الظهر والجمعة التي هي بدله لمكان صلاة العيد فخارج عن الاصول جدا الا أن يثبت في ذلك شرع يجب المصير اليه ✿ واختلفوا فيمن تفوته صلاة العيد مع الامام فقال قوم يصلي أربعا وبه قال أحمد والثوري وهو مروي عن ابن مسعود، وقال قوم بل يقضيها على صفة صلاة الامام ركعتين يكبر فيهما نحو تكبيره ويجهر كجهره وبه قال الشافعي وأبو ثور، وقال قوم بل ركعتين فقط لا يجهر فيهما ولا يكبر تكبير العيد، وقال قوم ان صلى الامام في المصلى صلى ركعتين وان صلى في غير المصلى صلى أربع ركعات، وقال قوم لاقضاء عليه أصلا وهو قول مالك وأصحابه وحكى ابن المنذر عنه مثل قول الشافعي فمن قال أربعا شبهها بصلاة الجمعة وهو تشبيه ضعيف ومن قال ركعتين كما صلاهما الامام فمصيرا الى أن الاصل هو أن القضاء يجب أن يكون على صفة الاداء ومن منع القضاء فلانه رأى أنها صلاة من شرطها الجماعة والامام كالجمعة فلم يجب قضاؤها

ركعتين ولا أربعا اذ ليست هي بدلا من شيء وهذان القولان هما اللذان يتردد فيهما النظر أعني قول الشافعي وقول مالك.وأما سائر الاقاويل في ذلك فضعيف لامعنى له لان صلاة الجمعة بدل من الظهر وهذه ليست بدلامن شيء فكيف يجب أن تقاس احداهما على الاخرى في القضاء وعلى الحقيقة فليس من فاتته الجمعة فصلاته للظهر قضاء بل هي أداء لانه اذا فاته البدل وجبت هي والله الموفق للصواب * واختلفوا في التنفل قبل صلاة العيد وبعدها فالجمهور على انه لا يتنفل لا قبلها ولا بعدها وهو مروى عن علي بن أبي طالب وابن مسعود وحذيفة وجابر وبه قال أحمد،وقيل يتنفل قبلها وبعدها وهو مذهب أنس وعروة وبه قال الشافعي،وفيه قول ثالث وهو أن يتنفل بعدها ولا يتنفل قبلها وقال به الثوري والاوزاعي وأبوحنيفة وهومروى أيضا عن ابن مسعود،وفرق قوم بين أن تكون الصلاة في المصلى أو في المسجد وهو مشهور مذهب مالك * وسبب اختلافهم انه ثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم خرج يوم فطرأو يوم أضحى فصلى ركعتين لم يصل قبلهما ولا بعدهما وقال عليه الصلاة والسلام اذا جاء أحدكم المسجد فليركع ركعتين. وترددها أيضا من حيث هي مشروعة بين أن يكون حكمها في استحباب التنفل قبلها وبعدها حكم المكتوبة أولا يكون ذلك حكمها فمن رأى أن تركه الصلاة قبلها وبعدها هو من باب ترك الصلاة قبل السنن وبعدها ولم ينطلق اسم المسجد عنده على المصلى لم يستحب تنفلا لاقبلها ولا بعدها ولذلك تردد المذهب في الصلاة قبلها اذاصليت في المسجد لكون دليل الفعل معارضا في ذلك القول أعني أنه من حيث هو داخل في مسجد يستحب له الركوع ومن حيث هو مصلى صلاة العيد يستحب له ان لايركع تشبها بفعله عليه الصلاة والسلام ومن رأى ان ذلك من باب الرخصة ورأى ان اسم المسجد ينطلق على المصلى ندب الى التنفل قبلها ومن شبهها بالصلاة المفروضة استحب التنفل قبلها وبعدها كما قلنا وروى قوم أن التنفل قبلها وبعدها من باب المباح الجائز لامن باب المندوب ولا من باب المكروه وهو أقل اشتباها ان لم يتناول اسم المسجد المصلى واختلفوا في وقت التكبير في عيد الفطر بعد أن أجمع على استحبابه الجمهور لقوله تعالى(ولتكملوا العدة ولتكبروا الله على ما هداكم)فقال جمهور العلماء يكبر عند الغدو الى الصلاة وهو مذهب ابن عمر وجماعة من الصحابة والتابعين وبه قال مالك واحمد واسحق وأبو ثور، وقال قوم يكبر من ليلة الفطر اذا رأوا الهلال حتى يغدوا الى المصلى وحتى يخرج الامام وكذلك في ليلة الاضحى عندهم ان لم يكن حاجا وروى عن ابن عباس انكار التكبير جملة الا اذا كبر الامام واتفقوا أيضا على التكبير في

ادبار الصلوات أيام الحج .واختلفوافي توقيت ذلك اختلافا كثيراً فقال قوم يكبر من صلاة الصبح يوم عرفة الى العصر من آخر أيام التشريق وبه قال سفيان وأحمد وأبو ثور ، وقيل يكبر من صلاة الظهر من يوم النحر الى صلاة الصبح من آخر أيام التشريق وهو قول مالك؛والشافعي ، وقال الزهري مضت السنة أن يكبر الامام في الامصار دبر صلاة الظهر من يوم النحر الى العصر من آخر أيام التشريق وبالجملة فالخلاف في ذلك كثير حكى ابن المنذر فيها عشرة أقوال ٭ وسبب اختلافهم في ذلك هو انه نقلت بالعمل ولم ينقل في ذلك قول محدود فلما اختلفت الصحابة في ذلك اختلف من بعد. والاصل في هذا الباب قوله تعالى (واذكروا الله في أيام معدودات) فهذا الخطاب وان كان المقصود به أولا أهل الحج فان الجمهور راوا انه يعم أهل الحج وغيرهم وتلقى ذلك بالعمل وان كان اختلفوا في التوقيت في ذلك ولعل التوقيت في ذلك على التخيير لانهم كلهم أجمعوا على التوقيت واختلفوا فيه ؛ وقال قوم التكبير دبر الصلوات في هذه الايام انما هو لمن صلى في جماعة.وكذلك اختلفوا في صفة التكبير في هذه الايام فقال مالك والشافعي يكبر ثلاثا الله أكبر الله أكبر الله أكبر وقيل يزيد بعد هذا لا إله الا الله وحده لا شريك له له الملك وله الحمد وهو على كل شيء قدير وروى عن ابن عباس انه يقول الله أكبر كبيراً ثلاث مرات ثم يقول الرابعة ولله الحمد وقالت جماعة ليس فيه شيء موقت ٭ والسبب في هذا الاختلاف عدم التحديد في ذلك في الشرع مع فهمهم من الشرع في ذلك التوقيت أعني فهم الاكثر وهذا هو السبب في اختلافهم في توقيت زمان التكبير أعني فهم التوقيت مع عدم النص في ذلك . وأجمعوا على انه يستحب أن يفطر في عيد الفطر قبل الغدو الى المصلى وان لا يفطر يوم الاضحى الا بعد الانصراف من الصلاة وانه يستحب أن يرجع على غير الطريق التي مشى عليها لثبوت ذلك من فعله عليه الصلاة والسلام.

﴿ الباب التاسع في سجود القرآن ﴾

والكلام في هذا الباب ينحصر في خمسة فصول . في حكم السجود . وفي عدد السجدات التي هي عزائم أعني التي يسجد لها . وفي الاوقات التي يسجد لها وعلى من يجب السجود . وفي صفة السجود .

فاما حكم سجود التلاوة فان أبا حنيفة وأصحابه قالوا هو واجب،وقال مالك والشافعي هو مسنون وليس بواجب ٭ وسبب الخلاف اختلافهم في مفهوم الاوامر بالسجود والاخبار التي معناها معنى الاوامر بالسجود مثل قوله تعالى(اذا تتلى عليهم آيات الرحمن

خروا سجدا وبكيا) هل هى محمولة على الوجوب أو على الندب فأبو حنيفة حملها على ظاهرها من الوجوب، ومالك والشافعى اتبعا فى مفهومهما الصحابة اذ كانوا هم أقعد بفهم الاوامر الشرعية وذلك انه لما ثبت ان عمر بن الخطاب قرأ السجدة يوم الجمعة فنزل وسجد وسجد الناس معه فلما كان فى الجمعة الثانية وقرأها تهيأ الناس للسجود فقال على رسلكم إن الله لم يكتبها علينا الا أن نشاء قالوا وهذا بمحضر الصحابة فلم ينقل عن أحد منهم خلاف وهم أفهم بمغزى الشرع وهذا انما يحتج به من يرى قول الصحابى اذا لم يكن له مخالف حجة ، وقد احتج أصحاب الشافعى فى ذلك بحديث زيد بن ثابت انه قال كنت اقرأ القرآن على رسول الله صلى الله عليه وسلم فقرأت سورة الحج فلم يسجدوا ولم نسجد وكذلك أيضا يحتج لهؤلاء بما روى عنه عليه الصلاة والسلام : انه لم يسجد فى المفصل وبما روى أنه سجد فيها لان وجه الجمع بين ذلك يقتضى ان لا يكون السجود واجباً وذلك بان يكون كل واحد منهم حدث بما رأى من قال انه سجد ومن قال انه لم يسجد ، وأما أبو حنيفة فتمسك فى ذلك بان الاصل هو حمل الاوامر على الوجوب او الاخبار التى تتنزل منزلة الاوامر وقد قال ابو المعالى ان احتجاج أبى حنيفة بالاوامر الواردة بالسجود فى ذلك لا معنى له فان ايجاب السجود مطلقا ليس يقتضى وجوبه مقيداً وهو عند القراءة اعنى قراءة آية السجود قال ولو كان الامر كما زعم ابو حنيفة لكانت الصلاة تجب عند قراءة الآية التى فيها الامر بالصلاة واذا لم يجب ذلك فليس يجب السجود عند قراءة الآية التى فيها الامر بالسجود من الامر بالسجود ولابى حنيفة ان يقول قد اجمع المسلمون على ان الاخبار الواردة فى السجود عند تلاوة القرآن هي بمعنى الامر وذلك فى أكثر المواضع واذا كان ذلك كذلك فقد ورد الامر بالسجود مقيداً بالتلاوة اعنى عند التلاوة وورد الامر به مطلقا فوجب حمل المطلق على المقيد وليس الامر فى ذلك بالسجود كالامر بالصلاة فان الصلاة قيد وجوبها بقيود أخر وأيضا فان النبى عليه الصلاة والسلام قد سجد فيها فبين لنا بذلك معنى الامر بالسجود الوارد فيها أعنى انه عند التلاوة فوجب أن يحمل مقتضى الامر فى الوجوب عليه .

وأما عدد عزائم سجود القرآن فان مالكا قال فى الموطا الامر عندنا ان عزائم سجود القرآن احدى عشرة سجدة ليس فى المفصل منها شىء . وقال أصحابه أولها خاتمة الاعراف ، وثانيها فى الرعد عند قوله تعالى (بالغدو والآصال) وثالثها فى النحل عند قوله تعالى (ويفعلون مايؤمرون) ، ورابعها فى بنى اسرائيل عند قوله (ويزيدهم خشوعا) وخامسها فى مريم عند قوله تعالى (خروا سجدا وبكيا) وسادسها الاولى من

الحج عند قوله تعالى (ان الله يفعل ما يشاء) . وسابعها في الفرقان عند قوله (وزادهم نفورا) وثامنها في النمل عند قوله تعالى (رب العرش العظيم). وتاسعها في الم تنزيل عند قوله تعالى (وهم لا يستكبرون) وعاشرها في ص عند قوله تعالى (وخر راكعا وأناب) . والحادية عشرة في حم تنزيل عند قوله تعالى (ان كنتم إياه تعبدون) وقيل عند قوله وهم لا يسأمون. وقال الشافعي أربع عشرة سجدة ثلاث منها في المفصل في الانشقاق وفي النجم وفي اقرأ باسم ربك ولم ير في ص سجدة لانها عنده من باب الشكر . وقال أحمد هي خمس عشرة سجدة أثبت فيها الثانية من الحج وسجدة ص وقال أبو حنيفة هي اثنتا عشرة سجدة قال الطحاوى هي كل سجدة جاءت بلفظ الخبر * والسبب في اختلافهم اختلافهم في المذاهب التى اعتمدوها في تصحيح عددها وذاك ان منهم من اعتمد عمل أهل المدينة ومنهم من اعتمد القياس ومنهم من اعتمد السماع. أما الذين اعتمدوا العمل فمالك وأصحابه. وأما الذين اعتمدوا القياس فابو حنيفة وأصحابه وذلك انهم قالوا وجدنا السجدات التى أجمع عليها جاءت بصيغة الخبر وهي . سجدة الاعراف . والنحل . والرعد . والاسراء . ومريم . وأول الحج والفرقان . والنمل . والم تنزيل فوجب أن يلحق بها سائر السجدات التى جاءت بصيغة الخبر وهي التى فى ص وفى الانشقاق ويسقط ثلاثة جاءت بلفظ الامر وهى التى فى النجم وفى الثانية من الحج وفى اقرأ باسم ربك.

وأما الذين اعتمدو السماع فانهم صاروا الى ما ثبت عنه عليه الصلاة والسلام من سجوده فى الانشقاق وفى اقرأ باسم ربك وفى النجم خرج ذلك مسلم ، وقال الاثرم سئل أحمد كم فى الحج من سجدة قال سجدتان وصحح حديث عقبة بن عامر عن النبى صلى الله عليه وسلم انه قال فى الحج سجدتان وهو قول عمر وعلى (قال القاضى) خرجه أبو داود ، وأما الشافعي فانه إنما صار الى اسقاط سجدة ص لما رواه أبو داود عن أبى سعيد الخدرى ان النبي عليه الصلاة والسلام قرأ وهو على المنبر آية السجود من سورة ص فنزل وسجد فلما كان يوم آخر قرأها فتهيأ الناس للسجود فقال: انما هي توبة نبي ولكن رأيتكم تشيرون للسجود فنزلت فسجدت وفي هذا ضرب من الحجة لابى حنيفة في قوله بوجوب السجود لانه علل ترك السجود فى هذه السجدة بعلة انتفت في غيرها من السجدات فوجب أن يكون حكم التى انتفت عنها العلة بخلاف التى ثبتت لها العلة وهو نوع من الاستدلال وفيه اختلاف لانه من باب تجويز دليل الخطاب وقد احتج بعض من لم ير السجود في المفصل بحديث عكرمة عن ابن عباس خرجه أبو داود أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يسجد في شيء من المفصل منذ هاجر الى المدينة قال أبو عمر وهو منكر لان أباهريرة الذى روى سجوده في المفصل لم يصحبه

عليه الصلاة والسلام الا بالمدينة وقد روى الثقات عنه انه سجد عليه الصلاة والسلام في والنجم.

وأما وقت السجود فانهم اختلفوا فيه فنع قوم السجود في الأوقات المنهى عن الصلاة فيها وهو مذهب أبي حنيفة على أصله في منع الصلوات المفروضة في هذه الاوقات، ومنع مالك أيضا ذلك في الموطأ لانها عنده من النفل والنفل ممنوع في هذه الاوقات عنده وروى ابن القاسم عنه انه يسجد فيها بعد العصر مالم تصفر الشمس أو تتغير وكذلك بعد الصبح وبه قال الشافعي وهذا بناء على انها سنة وان السنن تصلى في هذه الاوقات مالم تدن الشمس من الغروب أو الطلوع.

واما على من يتوجه حكمها فاجمعوا على انه يتوجه على القارىء في صلاة كان أو في غير صلاة. واختلفوا في السامع هل عليه سجود أم لا فقال أبو حنيفة عليه السجود ولم يفرق بين الرجل والمرأة وقال مالك يسجد السامع بشرطين : أحدهما اذا كان قعد ليسمع القرآن والآخر أن يكون القارىء يسجد وهو مع هذا ممن يصح أن يكون اماما للسامع وروى ابن القاسم عن مالك انه يسجد السامع وان كان القارىء ممن لا يصلح للامامة اذا جلس اليه .

وأما صفة السجود فان جمهور الفقهاء قالوا اذا سجد القارىء كبر اذا خفض واذا رفع، واختلف قول مالك في ذلك اذا كان في غير صلاة وأما اذا كان في الصلاة فانه يكبر قولا واحدا .



بسم الله الرحمن الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد وآله

(كتاب أحكام الميت)

والكلام في هذا الكتاب وهي حقوق الأموات على الاحياء ينقسم الى ست جمل الجملة الاولى فيما يستحب ان يفعل به عند الاحضار وبعده، الثانية في غسله، الثالثة في تكفينه، الرابعة في حمله واتباعه ، الخامسة في الصلاة عليه , السادسة في دفنه .

الباب الاول

ويستحب أن يلقن الميت عند الموت شهادة ان لا اله الا الله لقوله عليه الصلاة والسلام

لقنوا موتاكم شهادة أن لااله الا الله وقوله من كان آخر قوله لااله الا الله دخل الجنة واختلفوا في استحباب توجيهه الى القبلة فرأى ذلك قوم ولم يره آخرون وروى عن مالك انه قال في التوجيه ماهو من الامر القديم وروى عن سعيد بن المسيب أنه أنكر ذلك ولم يرو ذلك عن أحد من الصحابة ولا من التابعين أعنى الامر بالتوجيه فاذا قضى الميت غمض عينه. ويستحب تعجيل دفنه لورود الآثار بذلك الا الغريق فانه يستحب في المذهب تأخير دفنه مخافة أن يكون الماء قد غمره فلم تتبين حياته (قال القاضى) واذا قيل هذا في الغريق فهو أولى في كثير من المرضى مثل الذين يصيبهم انطباق العروق وغير ذلك مما هو معروف عند الاطباء حتى لقد قال الاطباء ان المسكوتين لاينبغى أن يدفنوا الا بعد ثلاث .

﴿ الباب الثانى في غسل الميت ﴾

ويتعلق بهذا الباب فصول أربعة . منها فى حكم الغسل . ومنها فيمن يجب غسله من الموتى. ومن يجوز أن يغسل . وماحكم الغاسل. ومنها فى صفة الغسل .

الفصل الاول

فاماحكم الغسل فانه قيل فيه انه فرض على الكفاية وقيل سنة على الكفاية والقولان كلاهما في المذهب * والسبب في ذلك انه نقل بالعمل لا بالقول والعمل ليس له صيغة تفهم الوجوب أولا تفهمه. وقد احتج عبد الوهاب لوجوبه بقوله عليه الصلاة والسلام في ابنته اغسلنها ثلاثا أو خمسا وبقوله في المحرم اغسلوه فمن رأى ان هذا القول خرج مخرج تعليم لصفة الغسل لامخرج الامر به لم يقل بوجوبه، ومن رأى انه يتضمن الامر والصفة قال بوجوبه .

﴿ الفصل الثانى ﴾

وأما الاموات الذين يجب غسلهم فانهم اتفقوا من ذلك على غسل الميت المسلم الذى لم يقتل في معترك حرب الكفار . واختلفوا في غسل الشهيد وفى الصلاة عليه وفى غسل المشرك . فاما الشهيد أعنى الذى قتله في المعترك المشركون فان الجمهور على ترك غسله لما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أمر بقتلى أحد فدفنوا بثيابهم ولم يصل عليهم وكان الحسن وسعيد بن المسيب يقولان يغسل كل مسلم فان كل ميت يجنب ولعلهم كانوا يرون أن مافعل بقتلى أحد كان لموضع الضرورة أعنى المشقة في غسلهم وقال

بقولهم من فقهاء الامصار عبيد الله بن الحسن العنبرى. وسئل أبو عمر فيما حكى ابن المنذر عن غسل الشهيد فقال قد غسل عمر وكفن وحنط وصلى عليه وكان شهيداً يرحمه الله. واختلف الذين اتفقو على أن الشهيد في حرب المشركين لايغسل في الشهداء من قتل اللصوص أو غير أهل الشرك فقال الاوزاعى وأحمد وجماعة حكمهم حكم من قتله أهل الشرك، وقال مالك والشافعى يغسل * وسبب اختلافهم هو هل الموجب لرفع حكم الغسل هي الشهادة مطلقاً أو الشهادة على أيدى الكفار فمن رأى ان سبب ذلك هي الشهادة مطلقا قال لايغسل كل من نص عليه النبي عليه الصلاة والسلام انه شهيد ممن قتل، ومن رأى ان سبب ذلك هى الشهادة من الكفار قصر ذلك عليهم. وأما غسل المسلم الكافر فكان مالك يقول لايغسل المسلم والده الكافر ولايقبره الا أن يخاف ضياعه فيواريه، وقال الشافعى لابأس بغسل المسلم قرابته من المشركين ودفنهم وبه قال أبو ثور وأبو حنيفة وأصحابه قال أبو بكر بن المنذر ليس في غسل الميت المشرك سنة تتبع وقد روى أن النبى عليه الصلاة والسلام أمر بغسل عمه لما مات * وسبب الخلاف هل الغسل من باب العبادة أو من باب النظافة فان كانت عبادة لم يجز غسل الكافر وان كانت نظافة جاز غسله .

﴿ الفصل الثالث ﴾

وأما من يجوز أن يغسل الميت فانهم اتفقوا على أن الرجال يغسلون الرجال والنساء يغسلون النساء واختلفوا في المرأة تموت مع الرجال أو الرجل يموت مع النساء مالم يكونا زوجين على ثلاثة أقوال. فقال قوم يغسل كل واحد منهما صاحبه من فوق الثياب، وقال قوم ييمم كل واحد منهما صاحبه وبه قال الشافعى وأبو حنيفة وجمهور العلماء ؛ وقال قوم لا يغسل واحد منهما صاحبه ولا ييممه وبه قال الليث بن سعد بل يدفن من غير غسل * وسبب اختلافهم هو الترجيح بين تغليب النهى على الامر أو الامر على النهى وذلك ان الغسل مأمور به ونظر الرجل الى بدن المرأة والمرأة الى بدن الرجل منهى عنه فمن غلب النهى تغليبا مطلقا أعنى لم يقس الميت على الحى في كون طهارة الترب له بدلا من طهارة الماء عند تعذرها قال لا يغسل واحد منهما صاحبه ولا ييممه. ومن غلب الامر على النهى قال يغسل كل واحد منهما صاحبه أعنى غلب الامر على النهى تغليبا مطلقا، ومن ذهب الى التيمم فلانه رأى انه لا يلحق الامر والنهى في ذلك تعارض وذلك ان النظر الى مواضع التيمم يجوز لكلا الصنفين ولذلك رأى مالك أن ييمم الرجل المرأة في يديها ووجها فقط لكون ذلك منها ليسا بعورة وأن تيمم المرأة الرجل الى المرفقين

لانه ليس من الرجل عورة الا من السرة الى الركبة على مذهبه فكان الضرورة التى نقلت الميت من الغسل الى التيمم عند من قال به هي تعارض الامر والنهى فكانه شبه هذه الضرورة بالضرورة التى يجوز معها للحى التيمم وهو تشبيه فيه بعد ولكن عليه الجمهور . فاما مالك فاختلف قوله في هذه المسئلة فمرة قال ييمم كل واحد منهما صاحبه قولا مطلقا ومرة فرق في ذلك بين ذوى المحارم وغيرهم ومرة فرق في ذوى المحارم بين الرجال والنساء فيتحصل عنه ان له في ذوى المحارم ثلاثة أقوال أشهرها أنه يغسل كل واحد منها صاحبه على الثياب والثانى أنه لا يغسل أحدهما صاحبه لكن ييممه مثل قول الجمهور في غير ذوى المحارم والثالث الفرق بين الرجال والنساء أعنى تغسل المرأة الرجل ولا يغسل الرجل المرأة فسبب المنع أن كل واحد منهما لا يحل له أن ينظر الى موضع الغسل من صاحبه كالاجانب سواء ✡ وسبب الاباحة انه موضع ضرورة وهم أعذر في ذلك من الاجنبي ✡ وسبب الفرق ان نظر الرجال الى النساء أغلظ من نظر النساء الى الرجال بدليل ان النساء حجبن عن نظر الرجال اليهن ولم يحجب الرجال عن النساء وأجمعوا من هذا الباب على جواز غسل المرأة زوجها. واختلفوا في جواز غسله اياها فالجمهور على جواز ذلك، وقال أبو حنيفة لا يجوز غسل الرجل زوجته ✽ وسبب اختلافهم هو تشبيه الموت بالطلاق فمن شبهه بالطلاق قال لا يحل أن ينظر اليها بعد الموت ومن لم يشبهه بالطلاق وهم الجمهور قال ان ما يحل له من النظر اليها قبل الموت يحل له بعد الموت وانما دعا أبا حنيفة أن يشبه الموت بالطلاق لانه رأى انه اذا ماتت احدى الاختين حل له نكاح الاخرى كالحال فيها اذا طلقت وهذا فيه بعد فان علة منع الجمع مرتفعة بين الحي والميت ولذلك حلت الا أن يقال ان علة منع الجمع غير معقولة وان منع الجمع بين الاختين عبادة محضة غير معقولة المعنى فيقوى حينئذ مذهب أبى حنيفة . وكذلك أجمعوا على ان المطلقة المبتوتة لا تغسل زوجها. واختلفوا في الرجعية فروى عن مالك انها تغسله وبه قال أبو حنيفة وأصحابه، وقال ابن القاسم لا تغسله وان كان الطلاق رجعيا وهو قياس قول مالك لانه ليس يجوز عنده أن يراها وبه قال الشافعى ✽ وسبب اختلافهم هو هل يحل للزوج أن ينظر الى الرجعية أو لا ينظر اليها .

وأما حكم الغاسل فانهم اختلفوا فيما يجب عليه فقال قوم من غسل ميتا وجب عليه الغسل وقال قوم لا غسل عليه ✽ وسبب اختلافهم معارضة حديث أبى هريرة لحديث أسماء وذلك أن أبا هريرة روى عن النبى عليه الصلاة والسلام أنه قال : من غسل ميتا فليغتسل ومن حمله فليتوضأ خرجه أبو داود وأما حديث أسماء فانها لما غسلت أبا بكر رضى الله عنه خرجت فسألت من حضرها من المهاجرين والانصار

وقالت انى صائمة وان هذا يوم شديد البرد فهل علىّ من غسل قالوا لا وحديث اسماء في هذا صحيح وأما حديث أبى هريرة فهو عند أكثر أهل العلم فيما حكى أبو عمر غير صحيح لكن حديث اسماء ليس فيه في الحقيقة معارضة له فان من أنكر الشئ يحتمل ان يكون ذلك لانه لم تبلغه السنة في ذلك الشيء وسؤال أسماء والله أعلم يدل على الخلاف فى ذلك فى الصدر الاول ولهذا كله قال الشافعى رضى الله عنه على عادته في الاحتياط والالتفات الى الاثر لا غسل على من غسل الميت الا أن يثبت حديث أبى هريرة .

الفصل الرابع في صفة الغسل

وفي هذا الفصل مسائل احداها هل ينزع عن الميت قميصه اذا غسل أم يغسل في قميصه اختلفوا في ذلك، فقال مالك اذا غسل الميت تنزع ثيابه وتستر عورته وبه قال أبو حنيفة وقال الشافعى يغسل في قميصه ✲ وسبب اختلافهم تردد غسله عليه الصلاة والسلام فى قميصه بين أن يكون خاصا به وبين أن يكون سنة فمن رأى انه خاص به وانه لا يحرم من النظر الى الميت الا ما يحرم منه وهو حى قال يغسل عريانا الا عورته فقط التى يحرم النظر اليها في حال الحياة ،ومن رأى أن ذلك سنة يستند الى باب الاجماع أو الى الامر الالهى لانه روى فى الحديث انهم سمعوا صوتا يقول لهم لا تنزعوا القميص وقد ألقى عليهم النوم قال الافضل ان يغسل الميت فى قميصه .

(المسئلة الثانية) قال أبو حنيفة لا يوضأ الميت، وقال الشافعى يوضأ، وقال مالك ان وضى فحسن ✲ وسبب الخلاف في ذلك معارضة القياس للاثر وذلك ان القياس يقتضى ألا وضوء على الميت لان الوضوء طهارة مفروضة لموضع العبادة واذا أسقطت العبادة عن الميت سقط شرطها الذى هو الوضوء ولولا أن الغسل ورد في الآثار لما وجب غسله وظاهر حديث أم عطية الثابت ان الوضوء شرط في غسل الميت لان فيه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال في غسل ابنته ابدأن بميامنها ومواضع الوضوء منها وهذه الزيادة ثابتة خرجها البخارى ومسلم ولذلك ليس يجب أن تعارض بالروايات التى فيها الغسل مطلقا لان المقيد يقضى على المطلق اذ فيه زيادة على ما يراه كثير من الناس ويشبه أيضا أن يكون من أسباب الخلاف في ذلك معارضة المطلق للمقيد وذلك انه وردت آثار كثيرة فيها الامر بالغسل مطلقا من غير ذكر وضوء فيها فهؤلاء رجحوا الاطلاق على التقييد لمعارضة القياس له في هذا الموضع والشافعى جرى على الاصل من حمل المطلق على المقيد .

(المسئلة الثالثة) اختلفوا في التوقيت في الغسل فمنهم من أوجبه ومنهم من استحسنه واستحبه. والذين أوجبوا التوقيت منهم من أوجب الوتر أى وتركان وبه قال ابن سيرين ، ومنهم من أوجب الثلاثة فقط وهو أبو حنيفة ، ومنهم من حد أقل الوتر في ذلك فقال لا ينقص عن الثلاثة ولم يحد الاكثر وهو الشافعي ، ومنهم من حد الاكثر في ذلك فقال لا يتجاوز به السبعة وهو أحمد بن حنبل ، وممن قال باستحباب الوتر ولم يحد فيه حداً مالك بن أنس وأصحابه * وسبب الخلاف بين من شرط التوقيت ومن لم يشترط بل استحبه معارضة القياس للاثر وذلك ان ظاهر حديث أم عطية يقتضى التوقيت لان فيه اغسلنها ثلاثا أو خمسا أو أكثر من ذلك ان رأيتن وفي بعض رواياته أو سبعا. وأما قياس الميت على الحى في الطهارة فيقتضى ان لا توقيت فيها كما ليس في طهارة الحى توقيت فمن رجح الاثر على النظر قال بالتوقيت ومن رأى الجمع بين الاثر والنظر حمل التوقيت على الاستحباب.

وأما الذين اختلفوا في التوقيت * فسبب اختلافهم اختلاف ألفاظ الروايات في ذلك عن أم عطية فاما الشافعي فانه راى أن لا ينقص عن ثلاثة لانه اقل وتر نطق به في حديث أم عطية ورأى أن ما فوق ذلك مباح لقوله عليه الصلاة والسلام : أو أكثر من ذلك ان رأيتن، وأما أحمد فأخذ بأكثر وتر نطق به في بعض روايات الحديث وهو قوله عليه الصلاة والسلام : أو سبعا.

وأما أبو حنيفة فصار في قصره الوتر على الثلاث لما روى أن محمد بن سيرين كان يأخذ الغسل عن أم عطية ثلاثا يغسل بالسدر مرتين والثالثة بالماء والكافور وأيضا فان الوتر الشرعى عنده انما ينطلق على الثلاث فقط وكان مالك يستحب أن يغسل في الأولى بالماء القراح وفي الثانية بالسدر والماء وفي الثالثة بالماء والكافور. واختلفوا اذا خرج من بطنه حدث هل يعاد غسله أم لا فقيل لا يعاد وبه قال مالك وقيل يعاد والذين رأو أنه يعاد اختلفوا في العدد الذى تجب به الاعادة ان تكرر خروج الحدث فقيل يعاد الغسل عليه واحدة وبه قال الشافعي، وقيل يعاد ثلاثا، وقيل يعاد سبعا. وأجمعوا على أنه لا يزاد على السبع شىء. واختلفوا في تقليم أظفار الميت والاخذ من شعره فقال قوم تقلم أظفاره ويؤخذ منه وقال قوم لا تقلم أظفاره ولا يؤخذ من شعره وليس فيه اثر * وأما سبب الخلاف في ذلك الخلاف الواقع فى ذلك في الصدر الاول ويشبه أن يكون سبب الخلاف فى ذلك قياس الميت على الحى فمن قاسه أوجب تقليم الاظفار وحلق العانة لانها من سنة الحى باتفاق، وكذلك اختلفوا فى عصر بطنه قبل أن يغسل فمنهم من رأى ذلك . ومنهم من لم يره فمن رآه رأى أن فيه ضربا من

الاستنقاء من الحدث عنـد ابتداء الطهارة وهو مطلوب من الميت كما هو من الحي ومن لم ير ذلك رأى انه من باب تكليف مالم يشرع وان الحي في ذلك بخلاف الميت .

﴿الباب الثالث في الاكفان﴾

والاصل في هذا الباب أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كفن في ثلاثة أثواب بيض سحولية ليس فيها قميص ولا عمامة وخرج أبو داود عن ليـلى بنت قائف الثقفية قالت كنت فيمن غسل أم كلثوم بنت رسول الله صلى الله عليه وسلم فكان أول من أعطاني رسول الله صلى الله عليه وسـلم الحقو ثم الدرع ثم الخمار ثم الملحفة ثم أدرجت بعد في الثوب الآخر قالت ورسول الله صلى الله عليـه وسلم جالس عند الباب معه أكفانها يناولناها ثوبا ثوبا . فمن العلماء من أخذ بظاهر هـذين الاثرين فقال يكفن الرجل في ثلاثة أثواب والمرأة في خمسة أثواب وبه قال الشافعي وأحمد وجماعة وقال أبو حنيفة أقل ما تكفن فيه المرأة ثلاثة أثواب والسـنة خمسة أثواب وأقل مايكفن فيه الرجل ثوبان والسنة فيه ثلاثة أثواب ، ورأى مالك أنه لاحد في ذلك وانه يجزئ ثوب واحد فيهما الا أنه يستحب الوتر * وسبب اختلافهم في التوقيت اختلافهم في مفهوم هذين الاثرين فمن فهم منهما الاباحة لم يقل بتوقيت الا أنه استحب الوتر لاتفاقهما في الوتر ولم يفرق في ذلك بين المرأة والرجل وكانه فهم منهما الاباحة الا في التوقيت فانه فهم منه شرعا لمناسبته للشرع ومن فهم من العدد أنه شرع لا اباحة قال بالتوقيت اما على جهة الوجوب واما على جهة الاستحباب وكله واسع ان شاء الله وليس فيه شرع محـدود ولعله تكلف شرع فيما ليس فيه شرع وقد كفن مصعب بن عمير يوم أحد بنمرة فكانوا اذا غطوا بها رأسه خرجت رجلاه واذا غطوا بها رجليـه خرج رأسه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم غطوا بها رأسـه واجعلوا على رجليه من الاذخر . واتفقوا على أن الميت يغطى رأسه ويطيب الا المحرم اذا مات في احرامه فانهم اختلفوا فيه ؛ فقال مالك وأبو حنيفة المحرم بمنزلة غير المحرم ، وقال الشافعي لايغطى رأس المحرم اذا مات ولا يمس طيباً * وسبب اختـلافهم معارضة العموم للخصوص .

فاما الخصوص فهو حديث ابن عباس قال أتي النبي صلى الله عليه وسلم برجل وقصته راحلته فمات وهو محرم فقال كفنوه في ثوبين واغسلوه بماء وسدر ولا تخمروا رأسه ولا تقربوه طيباً فانه يبعث يوم القيامة يلبي .

وأما العموم فهو ماورد من الامر بالغسل مطلقا فمن خص من الاموات المحرم

بهذا الحديث كتخصيص الشهداء بقتلى أحد جعل الحكم منه عليه الصلاة والسلام على الواحد حكما على الجميع وقال لايغطى رأس المحرم ولا يمس طيباً ومن ذهب مذهب الجمع لامذهب الاستثناء والتخصيص قال حديث الاعرابى خاص به لايعدى الى غيره .

(الباب الرابع في صفة المشى مع الجنازة)

واختلفوا في سنة المشى مع الجنازة فذهب أهل المدينة الى أن من سنتها المشى أمامها وقال الكوفيون أبو حنيفة وأصحابه وسائرهم أن المشى خلفها أفضل * وسبب اختلافهم اختلاف الآثار التى روى كل واحد من الفريقين عن سلفه وعمل به فروى مالك عن النبى عليه الصلاة والسلام مرسلا المشى أمام الجنازة وعن أبى بكر وعمر وبه قال الشافعى وأخذ أهل الكوفة بما رووا عن على بن أبى طالب من طريق عبد الرحمن بن أبذى قال كنت أمشى مع على في جنازة وهو آخذ بيدى وهو يمشى خلفها وأبو بكر وعمر يمشيان أمامها فقلت له في ذلك فقال ان فضل الماشى خلفها على الماشى أمامها كفضل صلاة المكتوبة على صلاة النافلة وأنهما ليعلمان ذلك ولكنهما سهلان يسهلان على الناس وروى عنه رضى الله عنه أنه قال قدمها بين يديك واجعلها نصب عينيك فانما هي موعظة وتذكرة وعبرة وبما روى أيضا عن ابن مسعود أنه كان يقول سألنا رسول الله صلى الله عليه وسلم عن السير مع الجنازة فقال الجنازة متبوعة وليست بتابعة وليس معها من يقدمها وحديث المغيرة بن شعبة عن النبى صلى الله عليه وسلم : قال الراكب يمشى أمام الجنازة والماشى خلفها وأمامها وعن يمينها ويسارها قريباً منها وحديث أبى هريرة أيضا في هذا المعنى قال امشوا خلف الجنازة وهذه الاحاديث صار اليها الكوفيون وهي أحاديث يصححونها ويضعفها غيرهم وأكثر العلماء على أن القيام الى الجنازة منسوخ بما روى مالك من حديث على بن أبى طالب أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يقوم في الجنائز ثم جلس وذهب قوم الى وجوب القيام وتمسكوا في ذلك بما روى من أمره صلى الله عليه وسلم بالقيام لها كحديث عامر بن ربيعة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : اذا رأيتم الجنائز فقوموا اليها حتى تخلفكم أو توضع واختلف الذين رأوا ان القيام منسوخ في القيام على القبر في وقت الدفن فبعضهم رأى أنه لم يدخل تحت النهى وبعضهم رأى أنه داخل تحت النهى على ظاهر اللفظ ومن أخرجه من ذلك احتج بفعل على في

ذلك وذلك انه روى النسخ وقام على قبر ابن المكنف فقيل له ألا تجلس يا أمير المؤمنين فقال قليل لاخينا قيامنا على قبره .

(الباب الخامس فى صلاة الجنازة)

وهذه الجملة يتعلق بها بعد معرفة وجوبها فصول ، أحدها فى صفة صلاة الجنازة . والثانى على من يصلى ومن أولى بالصلاة ، والثالث في وقت هذه الصلاة ، والرابع فى موضع هذه الصلاة ، والخامس في شروط هذه الصلاة .

﴿ الفصل الاول ﴾

فاما صفة الصلاة فانها يتعلق بها مسائل .

(المسئلة الاولى) اختلفوا فى عدد التكبير فى الصدر الاول اختلافا كثيرا من ثلاث الى سبع أعنى الصحابة رضى الله عنهم ولكن فقهاء الامصار على أن التكبير فى الجنازة أربع الا ابن أبى ليلى وجابر بن زيد فانهما كانا يقولان أنها خمس ✡ وسبب الاختلاف اختلاف الآثار في ذلك وذلك انه روى من حديث أبى هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نعى النجاشى في اليوم الذى مات فيه وخرج بهم الى المصلى فصف بهم وكبر أربع تكبيرات وهو حديث متفق على صحته ولذلك أخذ به جمهور فقهاء الامصار وجاء في هذا المعنى أيضا من أنه عليه الصلاة والسلام : صلى على قبر مسكينة فكبر عليها أربعا وروى مسلم أيضا عن عبد الرحمن بن أبى ليلى قال كان زيد بن أرقم يكبر على الجنائز أربعا وأنه كبر على جنازة خمسا فسألناه فقال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم : يكبرها وروى عن أبى خيثمة عن أبيه قال كان النبى صلى الله عليه وسلم : يكبر على الجنائز أربعا وخمسا وستا وسبعا وثمانيا حتى مات النجاشى فصف الناس وراءه وكبر أربعا ثم ثبت صلى الله عليه وسلم على أربع حتى توفاه الله وهذا فيه حجة لائحة للجمهور وأجمع العلماء على رفع اليدين في أول التكبير على الجنازة . واختلفوا في سائر التكبير فقال قوم يرفع ، وقال قوم لا يرفع وروى الترمذى عن أبى هريرة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كبر في جنازة فرفع يديه فى أول التكبير ووضع يده اليمنى على اليسرى فمن ذهب الى ظاهر هذا الاثر وكان مذهبه في الصلاة أنه لا يرفع الا في أول التكبير قال الرفع في أول التكبير ؛ ومن قال يرفع في كل تكبير شبه التكبير الثانى بالاول لانه كله يفعل في حال القيام والاستواء .

(المسئلة الثانية) اختلف الناس في القراءة في صلاة الجنازة فقال مالك وأبو حنيفة

ليس فيها قراءة انما هو الدعاء،وقال مالك قراءة فاتحة الكتاب فيها ليس بمعمول به في بلدنا بحال قال وانما يحمد الله ويثنى عليه بعد التكبيرة الاولى ثم يكبر الثانية فيصلي على النبي صلى الله عليه وسلم ثم يكبر الثالثة فيشفع للميت ثم يكبر الرابعة ويسلم.وقال الشافعي يقرأ بعد التكبيرة الاولى بفاتحة الكتاب ثم يفعل في سائر التكبيرات مثل ذلك وبه قال أحمد وداود ✡ وسبب اختلافهم معارضة العمل للاثر وهل يتناول أيضاً اسم الصلاة صلاة الجنائز أم لا.اما العمل فهو الذي حكاه مالك عن بلده.وأما الاثر فما رواه البخاري عن طلحة ابن عبد الله بن عوف قال صليت خلف ابن عباس على جنازة فقرأ بفاتحة الكتاب فقال لتعلموا انها السنة فمن ذهب الى ترجيح هذا الاثر على العمل وكان اسم الصلاة يتناول عنده صلاة الجنازة وقد قال صلى الله عليه وسلم : لا صلاة الا بفاتحة الكتاب رأى قراءة فاتحة الكتاب فيها ويمكن أن يحتج لمذهب مالك بظواهر الآثار التي نقل فيها دعاؤه عليه الصلاة والسلام على الجنائز ولم ينقل فيها أنه قرأ وعلى هذا فتكون تلك الآثار كانها معارضة لحديث ابن عباس ومخصصة لقوله لا صلاة الا بفاتحة الكتاب وذكر الطحاوي عن ابن شهاب عن أبي أمامة بن سهل بن حنيف قال وكان من كبراء الصحابة وعلمائهم وابناء الذين شهدوا بدراً ان رجلا من أصحاب النبي عليه الصلاة والسلام أخبره ان السنة في الصلاة على الجنائز أن يكبر الامام ثم يقرأ فاتحة الكتاب سرا في نفسه ثم يخلص الدعاء في التكبيرات الثلاث قال ابن شهاب فذكرت الذي أخبر به ابو امامة من ذلك لمحمد بن سويد الفهري فقال وأنا سمعت الضحاك بن قيس يحدث عن حبيب بن مسلمة في الصلاة على الجنائز بمثل ما حدثك به أبو امامة .

(المسئلة الثالثة) واختلفوا في التسليم من الجنازة هل هو واحد أو اثنان فالجمهور على انه واحد وقالت طائفة وأبو حنيفة يسلم تسليمتين واختاره المزني من أصحاب الشافعي وهو أحد قولي الشافعي ✡ وسبب اختلافهم اختلافهم في التسليم من الصلاة وقياس صلاة الجنائز على الصلاة المفروضة فمن كانت عنده التسليمة واحدة في الصلاة المكتوبة وقاس صلاة الجنازة عليها قال بواحدة ومن كانت عنده تسليمتين في الصلاة المفروضة قال هنا بتسليمتين ان كانت عنده تلك سنة فهذه سنة وان كانت فرضا فهذه فرض .وكذلك اختلف المذهب هل يجهر فيها أو لا يجهر بالسلام .

(المسئلة الرابعة)واختلفوا أين يقوم الامام من الجنازة فقال جملة من العلماء يقوم في وسطها ذكرا كان أو أنثى،وقال قوم آخرون يقوم من الانثى وسطها ومن الذكر عند رأسه .ومنهم من قال يقوم من الذكر والانثى عند صدرها وهو قول ابن القاسم وقول أبي حنيفة وليس عند مالك والشافعي في ذلك حد وقال قوم يقوم منهما أين شاء ✡ والسبب في

اختلافهم اختلاف الآثار في هذا الباب وذلك أنه خرج البخاري ومسلم من حديث سمرة بن جندب قال صليت خلف رسول الله صلى الله عليه وسلم على أم كعب ماتت وهي نفساء فقام رسول الله صلى الله عليه وسلم للصلاة على وسطها وخرج أبو داود من حديث همام ابن غالب قال صليت مع أنس بن مالك على جنازة رجل فقام حيال رأسه ثم جاءوا بجنازة امرأة فقالوا يا أبا حمزة صل عليها فقام حيال وسط السرير فقال العلاء بن زياد هكذا رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يصلي على الجنائز كبر أربعا وقام على جنازة المرأة مقامك منها ومن الرجل مقامك منه قال نعم. فاختلف الناس في المفهوم من هذه الافعال. فنهم من رأى أن قيامه عليه الصلاة والسلام في هذه المواضع المختلفة يدل على الاباحة وعلى عدم التحديد. ومنهم من رأى أن قيامه على أحد هذه الاوضاع انه شرع وانه يدل على التحديد وهؤلاء انقسموا قسمين فنهم من أخذ بحديث سمرة بن جندب للاتفاق على صحته فقال المرأة في ذلك والرجل سواء لان الاصل أن حكمهما واحد الا أن يثبت في ذلك فارق شرعي ومنهم من صحح حديث ابن غالب وقال فيه زيادة على حديث سمرة بن جندب فيجب المصير اليها وليس بينهما تعارض أصلا. وأما مذهب ابن القاسم وأبي حنيفة فلا أعلم له من جهة السمع في ذلك مستنداً الا ماروى عن ابن مسعود من ذلك،

(المسئلة الخامسة) واختلفوا في ترتيب جنائز الرجال والنساء اذا اجتمعوا عند الصلاة فقال الاكثر يجعل الرجال مما يلي الامام والنساء مما يلي القبلة، وقال قوم بخلاف هذا أي النساء مما يلي الامام والرجال مما يلي القبلة، وفيه قول ثالث انه يصلي على كل على حدة الرجال مفردون والنساء مفردات * وسبب الخلاف مايغلب على الظن باعتبار أحوال الشرع من أنه يجب أن يكون في ذلك شرع محدود مع انه لم يرد في ذلك شرع يجب الوقوف عنده ولذلك رأى كثير من الناس انه ليس في أمثال هذه المواضع شرع أصلا وانه لو كان فيها شرع لبين للناس وانما ذهب الاكثر لما قلناه من تقديم الرجال على النساء لما رواه مالك في الموطأ من أن عثمان بن عفان وعبدالله بن عمر وأبا هريرة كانوا يصلون على الجنائز بالمدينة الرجال والنساء معا فيجعلون الرجال مما يلي الامام ويجعلون النساء مما يلي القبلة وذكر عبدالرزاق عن ابن جريج عن نافع عن ابن عمر انه صلى كذلك على جنازة فيها ابن عباس وأبو هريرة وأبو سعيد الخدري وأبو قتادة والامام يومئذ سعيد بن العاصي فسألهم عن ذلك أو أمر من سألهم فقالوا هي السنة وهذا يدخل في المسند عندهم ويشبه أن يكون من قال بتقديم الرجال شبههم امام الامام بحالهم خلف الامام في الصلاة ولقوله عليه الصلاة والسلام: أخروهن حيث أخرهن الله وأما من قال

بتقديم النساء على الرجال فيشبه أن يكون اعتقد أن الاول هو المقدم ولم يجعل التقديم بالقرب من الامام .

وأما من فرق فاحتياطا من أن لا يجوز ممنوعا لانه لم ترد سنة بجواز الجمع فيحتمل أن يكون على أصل الاباحة ويحتمل أن يكون ممنوعا بالشرع واذا وجد الاحتمال وجب التوقف اذا وجد اليه سبيلا .

(المسئلة السادسة) واختلفوا في الذى يفوته بعض التكبير على الجنازة في مواضع منها هل يدخل بتكبير أم لا . ومنها هل يقضى ما فاته أم لا وان قضى فهل يدعو بين التكبير أم لا فروى اشهب عن مالك انه يكبر أول دخوله وهو أحد قولى الشافعى . وقال أبو حنيفة ينتظر حتى يكبر الامام وحينئذ يكبر وهي رواية ابن القاسم عن مالك والقياس التكبير قياسا على من دخل في المفروضة . واتفق مالك وأبو حنيفة والشافعى على أنه يقضى ما فاته من التكبير الا ان أبا حنيفة يرى أن يدعو بين التكبير المقضى ومالك والشافعى يريان أن يقضيه نسقا وانما اتفقوا على القضاء لعموم قوله عليه الصلاة والسلام . ما أدركتم فصلوا وما فاتكم فأتموا فمن رأى أن هذا العموم يتناول التكبير والدعاء قال يقضى التكبير وما فاته من الدعاء ومن أخرج الدعاء من ذلك اذ كان غير مؤقت قال يقضى التكبير فقط اذ كان هو المؤقت فكان تخصيص الدعاء من ذلك العموم هو من باب تخصيص العام بالقياس فأبو حنيفة آخذ بالعموم وهؤلاء بالخصوص .

(المسئلة السابعة) واختلفوا في الصلاة على القبر لمن فاتته الصلاة على الجنازة فقال مالك لا يصلى على القبر ، وقال أبو حنيفة لا يصلى على القبر الا الولى فقط اذا فاتته الصلاة على الجنازة وكان الذى صلى عليها غير وليها ، وقال الشافعى وأحمد وداود وجماعة يصلى على القبر من فاتته الصلاة على الجنازة . واتفق القائلون باجازة الصلاة على القبر ان من شرط ذلك حدوث الدفن وهؤلاء اختلفوا في هذه المدة وأكثرها شهر * وسبب اختلافهم معارضة العمل للاثر أما مخالفة العمل فان ابن القاسم قال قلت لمالك فالحديث الذى جاء عن النبي صلى الله عليه وسلم انه صلى على قبر امرأة قال قد جاء هذا الحديث وليس عليه العمل والصلاة على القبر ثابتة باتفاق من أصحاب الحديث قال أحمد بن حنبل رويت الصلاة على القبر عن النبي عليه الصلاة والسلام من طرق ستة كلها حسان وزاد بعض المحدثين ثلاثة طرق فذلك تسع ، وأما البخارى ومسلم فرويا ذلك من طريق أبى هريرة ، وأما مالك فخرجه مرسلا عن أبى امامة بن سهل وقد روى ابن وهب عن مالك مثل قول الشافعى ، وأما أبو حنيفة فانه جرى في ذلك على عادته فيما أحسب أعنى من رد اخبار الاحاد التى تعم بها البلوى اذا لم تنتشر ولا انتشر العمل بها وذلك أن عدم الانتشار اذا كان خبرا شأنه الانتشار قرينة توهن الخبر وتخرجه

عن غلبة الظن بصدقة الى الشك فيه أوالى غلبة الظن بكذبه أونسخه (قال القاضى) وقد تكلمنا فيما سلف من كتابنا هذا في وجه الاستدلال بالعمل وفي هذا النوع من الاستدلال الذى يسميه الحنفية عموم البلوى وقلنا انها من جنس واحد .

﴿ الفصل الثانى فيمن يصلى عليه ومن أولى بالتقديم ﴾

وأجمع أكثر أهل العلم على اجازة الصلاة على كل من قال لااله الا الله وفى ذلك أثر انه قال عليه الصلاة والسلام : صلوا على من قال لااله الا الله وسواء كان من أهل الكبائر أومن أهل البدع الا ان مالكا كره لاهل الفضل الصلاة على أهل البدع ولم ير أن يصلى الامام على من قتله حداً ✡ واختلفوا فيمن قتل نفسه فرأى قوم انه لايصلى عليه وأجاز آخرون الصلاة عليه ومن العلماء من لم يجز الصلاة على أهل الكبائر ولا على أهل البغى و البدع ✡ والسبب في اختلافهم في الصلاة اما فى أهل البدع فلاختلافهم فى تكفيرهم ببدعهم فمن كفرهم بالتأويل البعيد لم يجز الصلاة عليهم ، ومن لم يكفرهم اذ كان الكفر عنده انما هو تكذيب الرسول لاتأويل أقواله عليه الصلاة والسلام قال الصلاة عليهم جائزة .وانما أجمع المسلمون على ترك الصلاة على المنافقين مع تلفظهم بالشهادة لقوله تعالى (ولا تصل على أحد منهم مات أبدا ولا تقم على قبره) الآية . وأما اختلافهم في أهل الكبائر فليس يمكن أن يكون له سبب الا من جهة اختلافهم في القول بالتكفير بالذنوب لكن ليس هذا مذهب أهل السنة فلذلك ليس ينبغى أن يمنع الفقهاء الصلاة على أهل الكبائر .

وأما كراهية مالك الصلاة على أهل البدع فذلك لمكان الزجر والعقوبة لهم وانما لم يرمالك صلاة الامام على من قتله حداً لان رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يصل على ماعز ولم ينه عن الصلاة عليه خرجه أبو داود وانما اختلفوا في الصلاة على من قتل نفسه لحديث جابر بن سمرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم : أبى أن يصلى على رجل قتل نفسه فمن صحح هذا الاثر قال لايصلى على قاتل نفسة ومن لم يصححه رأى ان حكمه حكم المسلمين وان كان من أهل النار كما ورد به الاثر لكن ليس هو من الخالدين لكونه من أهل الايمان وقد قال عليه الصلاة والسلام حكاية عن ربه : أخرجوا من النار من في قلبه مثقال حبة من الايمان.واختلفوا أيضا فى الصلاة على الشهداء المقتولين فى المعركة فقال مالك والشافعى لايصلى على الشهيد المقتول في المعركة ولا يغسل ، وقال أبو حنيفة يصلى عليه ولايغسل ✡ وسبب اختلافهم اختلاف الآثار الواردة في ذلك وذلك أنه خرج أبو داود من طريق جابر

انه صلى الله عليه وسلم أمر بشهداء أحد فدفنوا بثيابهم ولم يصل عليهم ولم يغسلوا ، وروى من طريق ابن عباس مسنداً أنه عليه الصلاة والسلام : صلى على قتلى أحد وعلى حمزة ولم يغسل ولم ييمم وروى أيضا ذلك مرسلا من حديث أبي مالك الغفاري وكذلك روى أيضا أن اعرابيا جاءه سهم فوقع في حلقه فمات فصلى النبي صلى الله عليه وسلم عليه وقال ان هذا عبدك خرج مجاهدا في سبيلك فقتل شهيدا وأنا شهيد عليه وكلا الفريقين يرجح الاحاديث التي أخذ بها وكانت الشافعية تعتل بحديث ابن عباس هذا وتقول يرويه ابن أبي الزناد وكان قد اختل آخر عمره وقد كان شعبة يطعن فيه .

وأما المراسيل فليست عندهم بحجة . واختلفوا متى يصلى على الطفل فقال مالك لا يصلى على الطفل حتى يستهل صارخا وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة يصلى عليه اذا نفخ فيه الروح وذلك انه اذا كان له في بطن أمه أربعة أشهر فاكثر وبه قال ابن أبي ليلى * وسبب اختلافهم في ذلك معارضة المطلق للمقيد وذلك انه روى الترمذي عن جابر بن عبد الله عن النبي عليه الصلاة والسلام انه قال : الطفل لا يصلى عليه ولا يرث ولا يورث حتى يستهل صارخا وروى عن النبي عليه الصلاة والسلام من حديث المغيرة بن شعبة انه قال : الطفل يصلى عليه فمن ذهب مذهب حديث جابر قال ذلك عام وهذا مفسر فالواجب أن يحمل ذلك العموم على هذا التفسير فيكون معنى حديث المغيرة أن الطفل يصلى عليه اذا استهل صارخا ، ومن ذهب مذهب حديث المغيرة قال معلوم أن المعتبر في الصلاة هو حكم الاسلام والحياة والطفل اذا تحرك فهو حي وحكمه حكم المسلمين وكل مسلم حي اذا مات صلى عليه فرجحوا هذا العموم على ذلك الخصوص لموضع موافقة القياس له ، ومن الناس من شذ وقال لا يصلى على الاطفال أصلا وروى أبو داود أن النبي عليه الصلاة والسلام . لم يصل على ابنه ابراهيم وهو ابن ثمانية أشهر وروى فيه انه صلى عليه وهو ابن سبعين ليلة.واختلفوا في الصلاة على الاطفال المسبيين فذهب مالك في رواية البصريين عنه أن الطفل من أولاد الحربيين لا يصلى عليه حتى يعقل الاسلام سواء سبي مع أبويه أو لم يسب معهما وأن حكمه حكم أبويه الا أن يسلم الاب فهو تابع له دون الام ووافقه الشافعي على هذا الا انه ان أسلم أحد أبويه فهو عنده تابع لمن أسلم منهما لا للاب وحده على ماذهب اليه مالك ، وقال أبو حنيفة يصلى على الاطفال المسبيين وحكمهم حكم من سباهم ، وقال الاوزاعي اذا ملكهم المسلمون صلى عليهم يعني اذا بيعوا في السبي قال وبهذا جرى العمل في الثغور به القتيا فيه.وأجمعوا على أنه اذا كانوا مع آبائهم ولم يملكهم مسلم ولا أسلم أحد أبويهم ان حكمهم حكم آبائهم * والسبب في اختلافهم اختلافهم في أطفال المشركين هل هم من أهل الجنة

أو من أهل النار وذلك انه جاء في بعض الآثار انهم من آبائهم أى ان حكمهم حكم آبائهم ودليل قوله عليه الصلاة والسلام كل مولود يولد على الطفرة ان حكمهم حكم المؤمنين.

وأما من أولى بالتقديم للصلاة على الجنازة فقيل الولى وقيل الوالى فمن قال الوالى شبهه بصلاة الجمعة من حيث هي صلاة جماعة، ومن قال الولى شبهها بسائر الحقوق التى الولى بها احق مثل مواراته ودفنه، وأكثر أهل العلم على ان الوالى بها احق قال ابو بكر بن المنذر وقدم الحسين بن على سعيد بن العاصى وهو والى المدينة ليصلى على الحسن بن على وقال لولا انها سنة ماتقدمت قال أبو بكر وبه أقول؛ وأكثر العلماء على انه لا يصلا الا على الحاضر وقال بعضهم يصلى على الغائب لحديث النجاشي والجمهور على أن ذلك خاص بالنجاشي وحده.

واختلفوا هل يصلى على بعض الجسد والجمهور على انه يصلى على أكثره لتناول اسم الميت له ومن قال إنه يصلى على أقله قال لأن حرمة البعض كحرمة الكل لاسيما ان كان ذلك البعض محل الحياة وكان ممن يجيز الصلاة على الغائب.

﴿الفصل الثالث في وقت الصلاة على الجنازة﴾

واختلفوا في الوقت الذى تجوز فيه الصلاة على الجنازة فقال قوم لا يصلى عليها في الاوقات الثلاثة التى ورد النهى عن الصلاة فيها وهي وقت الغروب والطلوع وزواله الشمس على ظاهر حديث عقبة بن عامر ثلاث ساعات كان رسول الله صلا الله عليه وسلم : ينهانا أن نصلى فيها وان نقبر موتانا الحديث ،وقال قوم لا يصلى فى الغروب والطلوع فقط ويصلا بعد العصر مالم تصفر الشمس وبعد الصبح مالم يكن الاسفار وقال قوم لا يصلا على الجنازة فى الاوقات الخمسة التى ورد النهى عن الصلاة فيها وبه قال عطاء والنخعي وغيرهم وهو قياس قول أبى حنيفة، وقال الشافعي يصلى على الجنازة في كل وقت لأن النهى عنده انما هو خارج على النوافل لا على السنن لا على ماتقدم.

﴿الفصل الرابع في مواضع الصلاة﴾

واختلفوا فى الصلاة على الجنازة فى المسجد فاجازها اكثر العلماء وكرهه بعضهم منهم أبو حنيفة وبعض أصحاب مالك وقد روى كراهية ذلك عن مالك وتخفيفه اذا كانت الجنازة خارج المسجد والناس في المسجد * وسبب الخلاف في ذلك حديث عائشة وحديث أبي هريرة أما حديث عائشة فا رواه مالك من أنها أمرت أن يمر عليها بسعد بن أبى وقاص في المسجد حين مات لتدعو له فانكر الناس عليها ذلك فقالت عائشة ما أسرع ما نسى الناس ما صلى رسول الله صلى الله عليه سلم على سهله

ابن بيضاء الا في المسجد وأما حديث أبي هريرة فهو ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: من صلى على جنازة في المسجد فلا شيء له وحديث عائشة ثابت وحديث أبي هريرة غير ثابت أو غير متفق على ثبوته لكن انكار الصحابة على عائشة يدل على اشتهار العمل بخلاف ذلك عندهم ويشهد لذلك بروزه صلى الله عليه وسلم للمصلى لصلاته على النجاشي وقد زعم بعضهم أن سبب المنع في ذلك هو أن ميت بني آدم ميتة وفيه ضعف لان حكم الميتة شرعي ولا يثبت لابن آدم حكم الميتة الا بدليل؛ وكره بعضهم الصلاة على الجنائز في المقابر للنهي الوارد عن الصلاة فيها وأجازها الاكثر لعموم قوله عليه الصلاة والسلام جعلت لي الارض مسجدا وطهوراً .

(الفصل الخامس في شروط الصلاة على الجنازة)

واتفق الاكثر على أن من شرطها الطهارة كما اتفق جميعهم على ان من شرطها القبلة واختلفوا في جواز التيمم لها اذا خيف فواتها فقال قوم يتيمم ويصلى لها اذا خاف الفوات وبه قال ابو حنيفة وسفيان والاوزاعي وجماعة؛ وقال مالك والشافعي وأحمد لا يصلى عليها بتيمم ✡ وسبب اختلافهم قياسها في ذلك على الصلاة المفروضة فمن شبهها بها أجاز التيمم أعني من شبه ذهاب الوقت بفوات الصلاة على الجنازة ومن لم يشبهها بها لم يجز التيمم لانها عنده من فروض الكفاية أو من سنن الكفاية على اختلافهم في ذلك وشذ قوم فقالوا يجوز أن يصلى على الجنازة بغير طهارة وهو قول الشعبي وهؤلاء ظنوا أن اسم الصلاة لا يتناول صلاة الجنازة وانما يتناولها اسم الدعاء اذ كان ليس فيها ركوع ولا سجود .

(الباب السادس في الدفن)

وأجمعوا على وجوب الدفن والاصل فيه قوله تعالى (ألم نجعل الارض كفاتا أحياء وأمواتا) وقوله (فبعث الله غرابا يبحث في الارض) وكره مالك والشافعي تجصيص القبور واجاز ذلك أبو حنيفة، وكذلك كره قوم القعود عليها وقوم أجازوا ذلك وتأولوا النهي عن ذلك انه القعود عليها لحاجة الانسان. والآثار الواردة في النهي عن ذلك منها حديث جابر بن عبد الله قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن تجصيص القبور والكتابة عليها والجلوس عليها والبناء عليها ومنها حديث عمرو بن حزم قال رآني رسول الله صلى الله عليه وسلم على قبر فقال انزل عن القبر لا تؤذي صاحب القبر ولا يؤذيك واحتج من اجاز القعود على القبر بما روى عن زيد بن ثابت انه قال انما نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الجلوس على القبور

لحدث غائط أو بول قالوا ويؤيد ذلك ماروى عن أبى هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : من جلس على قبر يبول اليه أو يتغوط فكانما جلس على جمرة نار والى هذا ذهب مالك وأبو حنيفة والشافعى.

(بسم الله الرحمن الرحيم) وصلى الله على سيدنا محمد وآله وسلم تسليما)

كتاب الصيام

وهذا الكتاب ينقسم أولا قسمين أحدهما في الصوم الواجب. والآخر في المندوب اليه والنظر في الصوم الواجب ينقسم الى قسمين أحدهما فى الصوم، والآخر في الفطر. أما القسم الاول وهو الصيام فانه ينقسم أولا الى جملتين . احداهما معرفة أنواع الصيام الواجب . والآخر معرفة أركانه .

وأما القسم الذى يتضمن النظر في الفطر فانه ينقسم الى معرفة المفطرات والى معرفة المفطرين وأحكامهم فلنبدأ بالقسم الاول من هذا الكتاب وبالجملة الاولى منه وهى معرفة أنواع الصيام

فنقول إن الصوم الشرعى منه واجب ومنه مندوب اليه والواجب ثلاثة أقسام. منه مايجب للزمان نفسه وهو صوم شهر رمضان بعينه. ومنه مايجب لعلة وهو صيام الكفارات ومنه مايجب بايجاب الانسان ذلك على نفسه وهو صيام النذر . والذى يتضمن هذا الكتاب القول فيه من أنواع هذه الواجبات هو صوم شهر رمضان فقط وأما صوم الكفارات فيذكر عند ذكر المواضع التى تجب منها الكفارة وكذلك صوم النذر يذكر في كتاب النذر فاما صوم شهر رمضان فهو واجب بالكتاب والسنة والاجماع.

فاما الكتاب فقوله تعالى « كتب عليكم الصيام كما كتب على الذين من قبلكم لعلكم تتقون » وأما السنة ففى قوله عليه الصلاة والسلام : بنى الاسلام على خمس وذكر فيها الصوم وقوله للاعرابى : وصيام شهر رمضان قال هل على غيرها قال لا الا أن تطوع .

وأما الاجماع فانه لم ينقل الينا خلاف عن أحد من الأئمة في ذلك.

وأما على من يجب وجوبا غير مخير فهو البالغ العاقل الحاضر الصحيح اذا لم تكن فيه الصفة المانعة من الصوم وهي الحيض للنساء هذا لاخلاف فيه لقوله « فمن شهد منكم الشهر فليصمه »

(الجملة الثانية في الاركان) والاركان ثلاثة اثنان متفق عليهما وهو الزمان والامساك عن المفطرات ، والثالث مختلف فيه وهو النية . فاما الركن الاول الذى هو الزمان فانه ينقسم الى قسمين . أحدها زمان الوجوب وهو شهر رمضان ، والآخر زمان الامساك عن المفطرات وهو أيام هذا الشهر دون الليالى ويتعلق بكل واحد من هذين الزمانين مسائل قواعد اختلفوا فيها فلنبدأ بما يتعلق من ذلك بزمان الوجوب وأول ذلك في تحديد طرفي هذا الزمان، وثانيا في معرفة الطريق التى بها يتوصل الى معرفة العلامة المحدودة له في حق شخص شخص وأفق أفق.

فاما طرفا هذا الزمان فان العلماء أجمعوا على أن الشهر العربى يكون تسعة وعشرين ويكون ثلاثين وعلى أن الاعتبار في تحديد شهر رمضان انما هو الرؤية لقوله عليه الصلاة والسلام صوموا لرؤية وأفطروا لرؤيته وعنى بالرؤية أول ظهور القمر بعد السواد، واختلفوا فى الحكم اذا غم الشهر ولم تمكن الرؤية وفى وقت الرؤية المعتبر. فاما اختلافهم اذا غم الهلال فان الجمهور يرون أن الحكم في ذلك أن تكمل العدة ثلاثين فان كان الذى غم هلال أول الشهر عد الشهر الذى قبله ثلاثين يوما وكان أول رمضان الحادى والثلاثين وان كان الذى غم هلال آخر الشهر صام الناس ثلاثين يوما، وذهب ابن عمر الى أنه ان كان المغمى عليه هلال أول الشهر صيم اليوم الثانى وهو الذى يعرف بيوم الشك وروى عن بعض السلف أنه اذا أغمى الهلال رجع الى الحساب بسير القمر والشمس وهو مذهب مطرف بن الشخير وهو من كبار التابعين وحكى ابن شريح عن الشافعى أنه قال من كان مذهبه الاستدلال بالنجوم ومنازل القمر ثم تبين له من جهة الاستدلال ان الهلال مرئى وقد غم فان له أن يعتقد الصوم ويجزيه ✡ وسبب اختلافهم الاجمال الذى في قوله صلى الله عليه وسلم : صوموا لرؤية وأفطروا لرؤية فان غم عليكم فاقدروا له فذهب الجمهور الى أن تأويله أكملوا العدة ثلاثين ، ومنهم من رأى أن معنى التقدير له عده بالحساب، ومنهم من رأى أن معنى ذلك أن يصبح المرء صائما وهو مذهب ابن عمر كما ذكرنا وفيه بعد في اللفظ وانما صار الجمهور الى هذا التأويل لحديث ابن عباس الثابت أنه قال عليه الصلاة والسلام : فان غم عليكم فأكملوا العدة ثلاثين وذلك مجمل وهذا مفسر فوجب أن يحمل المجمل على المفسر وهي طريقة لاخلاف فيها بين الاصوليين فانه ليس عندهم بين المجمل والمفسر تعارض أصلا فذهب الجمهور في هذا لائح والله أعلم.

وأما اختلافهم في اعتبار وقت الرؤية فانهم اتفقوا على أنه اذا رؤى من العشى أن الشهر من اليوم الثانى واختلفوا اذا رؤى في سائر أوقات النهار أعنى أول ما رؤى فذهب

الجمهور أن القمر في أول وقت رؤى من النهار أنه لليوم المستقبل كحكم رؤيته بالعشى وبهذا القول قال مالك والشافعي وأبو حنيفة وجمهور أصحابهم ، وقال أبو يوسف من أصحاب أبي حنيفة والثوري وابن حبيب من أصحاب مالك إذا رؤى الهلال قبل الزوال فهو لليلة الماضية وان رؤى بعد الزوال فهو للآتية وسبب اختلافهم ترك اعتبار التجربة فيما سبيله التجربة والرجوع الى الاخبار في ذلك وليس في ذلك أثر عن النبي عليه الصلاة والسلام يرجع اليه لكن روى عن عمر رضى الله عنه أثران ؛ أحدهما عام ، والآخر مفسر فذهب قوم الى العام وذهب قوم الى المفسر . فاما العام فهو ماروا الاعمش عن أبي وائل شقيق ابن سلمة قال أتانا كتاب عمر ونحن بخانقين ان الاهلة بعضها أكبر من بعض فاذا رأيتم الهلال نهارا فلا تفطروا حتى يشهد رجلان انهما أرياه بالامس وأما الخاص فما روى الثوري عنه أنه بلغ عمر بن الخطاب ان قوما رأوا الهلال بعد الزوال فأفطروا فكتب اليهم يلومهم وقال : إذا رأيتم الهلال نهارا قبل الزوال فافطروا واذا رأيتموه بعد الزوال فلا تفطروا (قال القاضى) الذى يقتضى القياس والتجربة ان القمر لا يرى والشمس بعد لم تغب الا وهو بعيد منها لانه حينئذ يكون أكبر من قوس الرؤية وان كان يختلف في الكبر والصغر فبعيد والله أعلم أن يبلغ من الكبر أن يرى والشمس بعد لم تغب ولكن المعتمد في ذلك التجربة كما قلنا ولا فرق في ذلك قبل الزوال ولا بعده وانما المعتبر في ذلك مغيب الشمس أولا مغيبها * وأما اختلافهم في حصول العلم بالرؤية فان له طريقين أحدهما الحس والآخر الخبر فاما طريق الحس فان العلماء أجمعوا على أن من أبصر هلال الصوم وحده أن عليه أن يصوم إلا عطاء بن أبي رباح فانه قال لا يصوم الا برؤية غيره معه . واختلفوا هل يفطر برؤيته وحده فذهب مالك وأبو حنيفة وأحمد الى أنه لا يفطر وقال الشافعي يفطر وبه قال أبو ثور وهذا لا معنى له فان النبي عليه الصلاة والسلام قد أوجب الصوم والفطر للرؤية والرؤية انما تكون بالحس ولولا الاجماع على الصيام بالخبر عن الرؤية لبعد وجوب الصيام بالخبر لظاهر هذا الحديث ، وانما فرق من فرق بين هلال الصوم والفطر لمكان سد الذريعة أن لا يدعى الفساق انهم رأوا الهلال فيفطرون وهم بعد لم يروه ولذلك قال الشافعي ان خاف التهمة أمسك عن الاكل والشرب واعتقد الفطر وشذ مالك فقال من أفطر وقد رأى الهلال وحده فعليه القضاء والكفارة وقال أبو حنيفة عليه القضاء فقط

وأما طريق الخبر فانهم اختلفوا في عدد المخبرين الذين يجب قبول خبرهم عن الرؤية وفي صفتهم فاما مالك فقال أنه لا يجوز ان يصام ولا يفطر باقل من شهادة رجلين عدلين وقال

الشافعي في رواية المزني أنه يصام بشهادة رجل واحد على الرؤية ولا يفطر باقل من شهادة رجلين وقال أبو حنيفة إن كانت السماء مغيمة قبل واحد وان كانت صاحية بمصر كبير لم تقبل الا شهادة الجم الغفير وروى عنه أنه تقبل شهادة عدلين اذا كانت السماء مصحية وقد روى عن مالك أنه لا تقبل شهادة الشاهدين الا اذا كانت السماء مغيمة وأجمعوا على انه لا يقبل في الفطر الا اثنان الا ابا ثور فانه لم يفرق في ذلك بين الصوم والفطر كما فرق الشافعي * وسبب اختلافهم اختلاف الآثار في هذا الباب وتردد الخبر في ذلك بين أن يكون من باب الشهادة أو من باب العمل بالاحاديث التي لا يشترط فيها العدد. أما الآثار فمن ذلك ما خرجه أبو داود عن عبد الرحمن بن زيد بن الخطاب أنه خطب الناس في اليوم الذي يشك فيه فقال اني جالست أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم وساءلتهم وكلهم حدثوني أن رسول الله صلى الله عليه وسلم. قال صوموا لرؤية وأفطروا لرؤية فان غم عليكم فاتموا ثلاثين فان شهد شاهدان فصوموا وأفطروا ومنها حديث ابن عباس انه قال جاء اعرابي الى النبي صلى الله عليه وسلم فقال أبصرت الهلال الليلة فقال: أتشهد أن لا إله الا الله وأن محمداً عبده ورسوله قال نعم قال يا بلال أذن في الناس فليصوموا غدا خرجه الترمذي قال وفي إسناده خلاف لانه رواه جماعة مرسلا ومنها حديث ربعي ابن خراش خرجه أبو داود عن ربعي بن خراش عن رجل من اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم قال اتناس في آخر يوم من رمضان فقام اعرابيان فشهدا عند النبي صلى الله عليه وسلم لأهل الهلال أمس عشية فأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم الناس أن يفطروا وان يعودوا الى المصلى، فذهب الناس في هذه الآثار مذهب الترجيح ومذهب الجمع فالشافعي جمع بين حديث ابن عباس وحديث ربعي بن خراش على ظاهرهما فأوجب الصوم بشهادة واحد والفطر باثنين؛ ومالك رجح حديث عبد الرحمن بن زيد لمكان القياس أعني تشبيه ذلك بالشهادة في الحقوق ويشبه ان يكون أبو ثور لم ير تعارضا بين حديث ابن عباس وحديث ربعي بن خراش وذلك ان الذي في حديث ربعي بن خراش انه قضى بشهادة اثنين وفي حديث ابن عباس انه قضى بشهادة واحد وذلك مما يدل على جواز الامرين جميعاً لا أن ذلك تعارض ولا ان القضاء الاول مختص بالصوم والثاني بالفطر فان القول بهذا انما ينبني على توهم التعارض وكذلك يشبه الا ان يكون تعارض بين حديث عبد الرحمن بن زيد وبين حديث ابن عباس الا بدليل الخطاب وهو ضعيف اذا عارضه النص فقد نرى أن قول ابي ثور على شذوذه هو ابين مع أن تشبيه الرائي بالراوي هو أمثل من تشبيهه بالشاهد لان الشهادة إنما

ان يقول ان اشتراط العدد فيها عبادة غير معللة فلا يجوز أن يقيس عليها وإما أن يقول ان اشتراط العدد فيها هو لموضع التنازع الذى في الحقوق والشبهة التى تعرض من قبل قول أحد الخصمين فاشترط فيها العدد وليكون الظن أغلب والميل الى حجة أحد الخصمين أقوى ولم يتعد بذلك الاثنين لئلا يعسر قيام الشهادة فتبطل الحقوق وليس في رؤية القمر شبهة من مخالف توجب الاستظهار بالعدد ؛ويشبه أن يكون الشافعى انما فرق بين هلال الفطر وهلال الصوم للتهمة التى تعرض للناس في هلال الفطر ولا تعرض في هلال الصوم، ومذهب أبى بكر ابن المنذر هو مذهب أبى ثور وأحسبه هو مذهب أهل الظاهر وقد احتج أبو بكر بن المنذر لهذا الحديث بانعقاد الاجماع على وجوب الفطر والامساك عن الاكل بقول واحد فوجب أن يكون الامر كذلك فى دخول الشهر وخروجه اذ كلاهما علامة تفصل زمان الفطر من زمان الصوم واذا قلنا ان الرؤية تثبت بالخبر في حق من لم يره فهل يتعدى ذلك من بلد الى بلد أعنى هل يجب على أهل بلد ما اذا لم يروه أن يأخذوا في ذلك برؤية بلد آخر أم لكل بلد رؤية فيه خلاف.فاما مالك فان ابن القاسم والمصريين رووا عنه أنه اذا ثبت عند أهل بلد أن أهل بلد آخر رأوا الهلال أن عليهم قضاء ذلك اليوم الذى أفطروه وصامه غيرهم وبه قال الشافعى وأحمد وروى المدنيون عن مالك أن الرؤية لا تلزم بالخبر عند غير أهل البلد الذى وقعت فيه الرؤية الا أن يكون الامام يحمل الناس على ذلك وبه قال ابن الماجشون والمغيرة من أصحاب مالك. وأجمعوا أنه لا يراعى ذلك في البلدان النائية كالاندلس والحجاز ❊ والسبب في هذا الخلاف تعارض الاثر والنظر

أما النظر فهو ان البلاد اذا لم تختلف مطالعها كل الاختلاف فيجب أن يحمل بعضها على بعض لانها في قياس الافق الواحد.وأما اذا اختلفت اختلافا كثيراً فليس يجب أن يحمل بعضها على بعض

وأما الاثر فمارواه مسلم عن كريب ان أم الفضل بنت الحرث بعثته الى معاوية بالشام فقال قدمت الشام فقضيت حاجتها واستهل على رمضان وأنا بالشام فرأيت الهلال ليلة الجمعة ثم قدمت المدينة فى آخر الشهر فسألنى عبد الله بن عباس ثم ذكر الهلال فقال متى رأيتم الهلال فقلت رأيته ليلة الجمعة فقال أنت رأيته فقلت نعم ورآه الناس وصاموا وصام معاوية قال لكنا رأيناه ليلة السبت فلا نزال نصوم حتى نكمل ثلاثين يوما أونراه فقلت ألا تكتفى برؤية معاوية فقال لا هكذا أمرنا النبى عليه الصلاة والسلام فظاهر هذا الاثر يقتضى ان لكل بلد رؤيته قرب أو بعد والنظر يعطى الفرق بين البلاد النائية والقريبة وبخاصة ما كان نأيه العرض كثيرا واذا بلغ

الخبر مبلغ التواتر لم يحتج فيه الى شهادة فهذه هي المسائل تتعلق بزمان الوجوب

وأما التي تتعلق بزمان الامساك فانهم اتفقوا على أن آخره غيبوبة الشمس لقوله تعالى (ثم أتموا الصيام الى الليل) واختلفوا في أوله فقال الجمهور هو طلوع الفجر الثاني المستطير الابيض لثبوت ذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أعنى حده بالمستطير ولظاهر قوله تعالى (حتى يتبين لكم الخيط الابيض) الآية ، وشذت فرقة فقالوا هو الفجر الاحمر الذي يكون بعد الابيض وهو نظير الشفق الاحمر وهو مروى عن حذيفة وابن مسعود * وسبب هذا الخلاف هو اختلاف الآثار في ذلك واشتراك اسم الفجر أعنى انه يقال على الابيض والاحمر وأما الآثار التي احتجوا بها فنها حديث ذر عن حذيفة قال تسحرت مع النبي صلى الله عليه وسلم ولو أشاء أن أقول هو النهار الا ان الشمس لم تطلع وخرج أبو داود عن قيس بن طلق عن أبيه أنه عليه الصلاة والسلام قال كلوا واشربوا ولا يهدينكم الساطع المصعد فكلوا و اشربوا حتى يعترض لكم الاحمر قال ابو داود هذا ماتفرد به اهل اليمامة وهذا شذوذ فان قوله تعالى «حتى يتبين لكم الخيط الابيض» نص في ذلك أو كالنص والذين رأوا انه الفجر الابيض المستطير وهم الجمهور والمعتمد اختلفوا في الحد المحرم للاكل فقال قوم هو طلوع الفجر نفسه وقال قوم هو تبينه عند الناظر اليه ومن لم يتبينه فالاكل مباح له حتى يتبينه وان كان قد طلع وفائدة الفرق انه اذا انكشف ان ماظن من انه لم يطلع كان قد طلع فمن كان الحد عنده هو الطلوع نفسه أوجب عليه القضاء ومن قال هو العلم الحاصل به لم يوجب عليه قضاء * وسبب الاختلاف في ذلك الاحتمال الذي في قوله تعالى (وكلوا واشربوا حتى يتبين لكم الخيط الابيض من الخيط الاسود من الفجر) هل على الامساك بالتبين نفسه أو بالشيء المتبين لان العرب تتجوز فتستعمل لاحق الشيء بدل الشيء على وجه الاستعارة فكانه قال تعالى (وكلوا واشربوا حتى يتبين لكم الخيط الابيض من الخيط الاسود) لانه اذا تبين في نفسه تبين لنا فاذا إضافة التبيين لناهي التي اوقعت الخلاف لانه قد يتبين في نفسه ويتميز ولا يتبين لنا. وظاهر اللفظ يوجب تعلق الامساك بالعلم والقياس يوجب تعلقه بالطلوع نفسه اعنى قياسا على الغروب وعلى سائر حدود الاوقات الشرعية كالزوال وغيره فان الاعتبار فى جميعها في الشرع هو بالامر نفسه لابالعلم المتعلق به، والمشهور عن مالك وعليه الجمهور ان الاكل يجوز أن يتصل بالطلوع وقيل بل يجب الامساك قبل الطلوع والحجة للقول الاول مافي كتاب البخاري أظنه فى بعض رواياته قال النبي صلى الله عليه وسلم : وكلوا واشربوا حتى ينادى ابن ام مكتوم فانه لاينادى حتى يطلع الفجر وهو نص فى موضع الخلاف وكالنص والموافق لظاهر قوله تعالى وكلوا واشربوا الآية ومن ذهب الى

أنه يجب الامساك قبل الفجر جريا على الاحتياط وسداً الذريعة وهو أورع القولين والاول أقيس والله أعلم.

﴿ الركن الثانى وهو الامساك ﴾

وأجمعوا على انه يجب على الصائم الامساك زمان الصوم عن المطعوم والمشروب والجماع لقوله تعالى (فالآن باشروهن وابتغوا ماكتب الله لكم وكلوا واشربوا حتى يتبين لكم الخيط الابيض من الخيط الاسود من الفجر) واختلفوا من ذلك في مسائل منها مسكوت عنها ومنها منطوق بها. اما المسكوت عنها احداها فيما يردالجوف ممالبس بمغذوفيما يرد الجوف من غير منفذ الطعام والشراب مثل الحقنة وفيمايرد باطن سائر الاعضاء ولا يرد الجوف مثل أن يرد الدماغ ولايرد المعدة ✡ وسبب اختلافهم فيهذه هوقياس المغذى على غيرالمغذى وذلك انالمنطوق به انما هو المغذى فمن رأى ان المقصود بالصوم معنىمعقول لم يلحق المغذى بغيرالمغذى ومن رأى انها عبادة غير معقولة وان المقصود منها انما هو الامساك فقط عما يرد الجوف سوى بين المغذى وغير المغذى. وتحصيل مذهب مالك أنه يجب الامساك عن مايصل الى الحلق من أى المنافذ وصل مغذيا كان أو غير مغذ وأماماعدى المأكول والمشروب من المفطرات فكلهم يقولون ان من قبل فأمنى فقد أفطر وان أمذى فلم يفطر الا مالك واختلفوا في القبلة للصائم فنهم من أجازها ومنهم من كرهها للشاب وأجازها للشيخ. ومنهم من كرهها على الاطلاق فمن رخص فيها فلما روى من حديث عائشة وأم سلمة أن النبي عليه الصلاة والسلام : كان يقبل وهو صائم ومن كرهها فلما يدعو اليه من الوقاع وشذ قوم فقالوا القبلة تفطر واحتجوا لذلك بما روى عن ميمونة بنت سعد قالت سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن القبلة للصائم فقال : افطرا جميعا خرج هذا الاثر الطحاوى ولكن ضعفه .

واما مايقع من هذه من قبل الغلبة ومن قبل النسيان فالكلام فيه عند الكلام في المفطرات وأحكامها

وأماما اختلفوا فيه مماهو منطوق به فالحجامة والقيء أما الحجامة فان فيها ثلاثة مذاهب قوم قالوا انها تفطر وان الامساك عنها واجب وبه قال أحمد وداود والاوزاعى واسحاق بن راهويه وقوم قالوا انها مكروهة للصائم وليست تفطر وبه قال مالك والشافعى والثورى وقوم قالوا انها غير مكروهة ولا مفطرة وبه قال أبو حنيفة وأصحابه ✡ وسبب اختلافهم تعارض الآثار الواردة في ذلك وذلك انه ورد في ذلك حديثان أحدهما

ماروى من طريق ثوبان ومن طريق رافع بن خديج أنه عليه الصلاة والسلام قال : افطر الحاجم والمحجوم وحديث ثوبان هذا كان يصححه أحمد والحديث الثانى حديث عكرمة عن ابن عباس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم احتجم وهو صائم وحديث ابن عباس بهذا صحيح فذهب العلماء في هذين الحديثين ثلاثة مذاهب ، أحدها مذهب الترجيح ، والثانى مذهب الجمع ، والثالث مذهب الاسقاط عند التعارض والرجوع الى البراءة الاصلية اذا لم يعلم الناسخ من المنسوخ . فمن ذهب مذهب الترجيح قال بحديث ثوبان وذلك ان هذا موجب حكما وحديث ابن عباس رافعه والموجب مرجح عند كثير من العلماء على الرافع لان الحكم اذا ثبت بطريق يوجب العمل لم يرتفع الا بطريق يوجب العمل برفعه وحديث ثوبان قد وجب العمل به وحديث ابن عباس يحتمل أن يكون ناسخاً ويحتمل أن يكون منسوخا وذلك شك والشك لايوجب عملا ولا يرفع العلم الموجب للعمل وهذا على طريقة من لايرى الشك مؤثرا في العلم ، ومن رام الجمع بينهما حمل حديث النهى على الكراهية وحديث الاحتجام على رفع الحظر. ومن اسقطهما للتعارض قال باباحة الاحتجام للصائم واما القىء فان جمهور الفقهاء على ان من ذرعه القىء فليس بمفطر الا ربيعة فانه قال انه مفطر وجمهورهم أيضا على أن من استقاء فقاء فانه مفطر الا طاوس * وسبب اختلافهم مايتوهم من التعارض بين الاحاديث الواردة في هذه المسئلة واختلافهم أيضا في تصحيحها وذلك انه ورد في الباب حديثان أحدهما حديث أبى الدرداء أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قاء فأفطر قال معدان فلقيت ثوبان في مسجد دمشق فقلت له ان أبا الدرداء حدثنى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قاء فأفطر فقال صدق أنا صببت له وضوأه وحديث ثوبان هذا صححه الترمذى والآخر حديث أبى هريرة خرجه الترمذى وابو داود ايضا ان النبى عليه الصلاة والسلام قال : من ذرعه القىء وهو صائم فليس عليه قضاء وان استقاء فعليه القضاء وروى موقوفا على ابن عمر فمن لم يصح عنده الاثر ان كلاهما قال ليس فيه فطر أصلا ومن أخذ بظاهر حديث ثوبان ورجحه على حديث أبى هريرة أوجب الفطر من القىء باطلاق ولم يفرق بين ان يستقىء اولا يستقىء ومن جمع بين الحديثين وقال حديث ثوبان مجمل وحديث أبى هريرة مفسر والواجب حمل المجمل على المفسر فرق بين القىء والاستقاء وهو الذى عليه الجمهور .

(الركن الثالث وهو النية)

والنظر في النية شرط في مواضع منها هل هي شرط في صحة هذه العبادة أم ليست بشرط وان

كانت شرطا فما الذى يجزى من تعينها وهل يجب تحديدها في كل يوم من أيام رمضان أم يكفى في ذلك النية الواقعة في اليوم الاول واذا أوقعها المكلف فأى وقت اذا وقعت فيه صح الصوم واذا لم تقع فيه بطل الصوم وهل رفض النية يوجب الفطر وان لم يفطر وكل هذه المطالب قد اختلف الفقهاء فيها أما كون النية شرطا في صحة الصيام فانه قول الجمهور.وشذ زفر فقال لايحتاج رمضان الى نية الا أن يكون الذى يدركه صيام شهر رمضان مريضاً أومسافراً فيريد الصوم* والسبب في اختلافهم الاحتمال المتطرق الى الصوم هل هو عبادة معقولة المعنى أو غير معقولة المعنى فمن رأى أنها غير معقولة المعنى أوجب النية ومن رأى أنها معقولة المعنى قال قد حصل المعنى اذا صام وان لم ينو لكن تخصيص زفر رمضان بذلك من بين أنواع الصوم فيه ضعف وكانه لما رأى ان أيام رمضان لايجوز فيها الفطر رأى أن كل صوم يقع فيها ينقلب صوماً شرعيا وان هذا شىء يخص هذا الايام. وأما اختلافهم في تعيين النية المجزية فى ذلك فان مالكا قال لابد في ذلك من تعيين صوم رمضان ولايكفيه اعتقاد الصوم مطلقا ولا اعتقاد صوم معين غير صوم رمضان وقال أبو حنيفة ان اعتقد مطلق الصوم أجزأه وكذلك ان نوى فيه صيام غير رمضان اجزأه وانقلب الى صيام رمضان الا أن يكون مسافراً فانه اذا نوى المسافر عنده في رمضان صيام غير رمضان كان ما نوى لانه لم يجب عليه صوم رمضان وجوباً معينا ولم يفرق صاحباه بين المسافر والحاضر وقالا كل صوم نوى في رمضان انقلب الى رمضان * وسبب اختلافهم هل الكافي في تعيين النية في هذه العبادة هو تعيين جنس العبادة أو تعيين شخصها وذلك أن كلا الامرين موجود في الشرع مثال ذلك ان النية في الوضوء يكفى منها اعتقاد رفع الحدث لاى شىء كان من العبادات التى الوضوء شرط فى صحتها وليس يختص عبادة عبادة بوضوء وضوء. وأما الصلاة فلا بد فيها من تعيين شخص العبادة فلا بد من تعيين الصلاة ان عصراً فعصراً وان ظهراً فظهراً وهذا كله على المشهور عند العلماء فتردد الصوم عند هؤلاء بين هذين الجنسين فمن ألحقه بالجنس الواحد قال يكفى فى ذلك اعتقاد الصوم فقط ومن ألحقه بالجنس الثانى اشترط تعيين الصوم. واختلافهم أيضاً في اذا نوى في أيام رمضان صوما آخر هل ينقلب أو لا ينقلب سببه أيضا ان من العبادة عندهم ما ينقلب من قبل ان الوقت الذى توقع فيه مختص بالعبادة التى تنقلب اليه ومنها ما ليس ينقلب أما التى لاتنقلب فأكثرها. وأما التى تنقلب باتفاق فالحج وذلك انهم قالوا اذا ابتدأ الحج تطوعا من وجب عليه الحج انقلب التطوع الى الفرض ولم يقولوا ذلك في الصلاة ولا في غيرها فمن شبه الصوم بالحج قال ينقلب ومن شبهه بغيره من العبادات قال لاينقلب وأما اختلافهم في وقت النية فان مالكا رءى

أنه لايجزى الصيام الابنية قبل الفجر وذلك في جميع أنواع الصوم.وقال الشافعي تجزى النية بعد الفجر في النافلة ولا تجزى في الفروض ،وقال أبوحنيفة تجزى النية بعد الفجر في الصيام المتعلق وجوبه بوقت معين مثل رمضان ونذر أيام محدودة وكذلك في النافلة ولا يجزى في الواجب في الذمة ✿ والسبب في اختلافهم تعارض الاثر في ذلك.أما الآثار المتعارضة في ذلك فاحدها ماخرجه البخارى عن حفصة أنه قال عليه الصلاة والسلام : من لم يبيت الصيام من الليل فلا صيام له ورواه مالك موقوفا قال ابو عمر حديث حفصة في اسناده اضطراب.والثانى مارواه مسلم عن عائشة قالت قال لى رسول الله صلى الله عليه وسلم ذات يوم : ياعائشة هل عندكم شيء قالت قلت يارسول الله ماعندنا شيء قال فانى صائم ولحديث معاوية أنه قال على المنبر ياأهل المدينة اين علماؤكم سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : اليوم هذا يوم عاشوراء ولم يكتب علينا صيامه وانا صائم فمن شاء منكم فليصم ومن شاء فليفطر فمن ذهب مذهب الترجيح أخذ بحديث حفصة،ومن ذهب مذهب الجمع فرق بين النفل والفرض أعني حمل حديث حفصة على الفرض وحديث عائشة ومعاوية على النفل ؛ وانما فرق أبو حنيفة بين الواجب المعين والواجب في الذمة لان الواجب المعين له وقت مخصوص يقوم مقام النية في التعيين والذى في الذمة ليس له وقت مخصوص فوجب ان التعيين بالنية. وجمهور الفقهاء على أنه ليس الطهارة من الجنابة شرطاً في صحة الصوم لما ثبت من حديث عائشة وأم سلمة زوجى النبي صلى الله عليه وسلم أنهما قالتا كان رسول الله صلى الله عليه وسلم . يصبح جنباً من جماع غير احتلام في رمضان ثم يصوم ومن الحجة لهم الاجماع على ان الاحتلام بالنهار لا يفسد الصوم وروى عن ابراهيم النخعى وعروة ابن الزبير وطاوس انه ان تعمد ذلك أفسد صومه ✿ وسبب اختلافهم ما روى عن أبى هريرة انه كان يقول :من أصبح جنباً فى رمضان افطر وروى عنه انه قال ما انا قلته محمد صلى الله عليه وسلم قاله ورب الكعبة وذهب ابن الماجشون من أصحاب مالك ان الحائض اذا طهرت قبل الفجر فأخرت الغسل ان يومها يوم فطر وأقاويل هؤلاء شاذة ومردودة بالسنن المشهورة الثابتة .

(القسم الثانى من الصوم المفروض)

وهو الكلام فى الفطر وأحكامه والمفطرون في الشرع على ثلاثة أقسام صنف يجوز له الفطر والصوم باجماع وصنف يجب عليه الفطر على اختلاف في ذلك بين المسلمين وصنف لايجوز له الفطر وكل واحد من هؤلاء تتعلق به أحكام أما الذين

يجوز لهم الامران فالمريض باتفاق والمسافر باختلاف والحامل والمرضع والشيخ الكبير وهذا التقسيم كله مجمع .عليه فاما المسافر فالنظر فيه في مواضع منها هل أن صام أجزأه صومه أم ليس يجزيه،وهل ان كان يجزى المسافر صومه الا فضل له الصوم أو الفطر أو هو مخير بينهما وهل الفطر الجائز له هو في سفر محدود ام فى كل ماينطلق عليه اسم السفر في وضع اللغة . ومتى يفطر المسافر.ومتى يمسك.وهل اذا مر بعض الشهر له أن ينشىء السفر أم لا ثم اذا فطر ماحكمه.وأما المريض فالنظر فيه ايضا في تحديد المرض الذى يجوز له فيه الفطر وفي حكم الفطر.

(وأما المسئلة الاولى) وهي ان صام المريض والمسافر هل يجزيه صومه عن فرضه أم لا فانهم اختلفوا فى ذلك فذهب الجمهور الى انه ان صام وقع صيامه وأجزأه.وذهب أهل الظاهر الى انه لايجزيه وان فرضه هو أيام أخر ☆ والسبب فى اختلافهم تردد قوله تعالى(فمن كان منكم مريضاً أو على سفر فعدة من أيام أخر)بين أن يحمل على الحقيقة فلا يكون هنالك محذوف أصلا أو يحمل على المجاز فيكون التقدير فافطر فعدة من أيام أخر وهذا الحذف في الكلام هو الذى يعرفه أهل صناعة الكلام بلحن الخطاب فمن حمل الآية على الحقيقة ولم يحملها على المجاز قال ان فرض المسافر عدة من أيام أخر لقوله تعالى فعدة من أيام اخر.ومن قدر فافطر قال انما فرضه عدة من ايام اخر اذا أفطر وكلا الفريقين يرجح تأويله بالآثار الشاهدة لكلا المفهومين وان كان الاصل هو أن يحمل الشيء على الحقيقة حتى يدل الدليل على حمله على المجاز .أما الجمهور فيحتجون لمذهبهم بما ثبت من حديث أنس قال سافرنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم في رمضان فلم يعب الصائم على المفطر ولا المفطر على الصائم وبما ثبت عنه أيضا أنه قال كان أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم يسافرون فيصوم بعضهم ويفطر بعضهم.وأهل الظاهر يحتجون لمذهبهم بما ثبت عن ابن عباس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم : خرج الى مكة عام الفتح في رمضان فصام حتى بلغ الكديد ثم أفطر فافطر الناس وكانوا يأخذون بالاحدث فالاحدث من أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم قالوا وهذا يدل على نسخ الصوم.قال أبو عمر والحجة على أهل الظاهر اجماعهم على أن المريض اذا صام أجزأه صومه

(وأما المسئلة الثانية) وهي هل الصوم أفضل او الفطر اذا قلنا انه من أهل الفطر على مذهب الجمهور فانهم اختلفوا في ذلك على ثلاثة مذاهب فبعضهم رأى الصوم أفضل وممن قال بهذا القول مالك وأبو حنيفة.وبعضهم رأى أن الفطر أفضل وممن قال بهذا احمد وجماعة .وبعضهم رأى أن ذلك على التخيير وأنه ليس أحدهما أفضل ☆ والسبب في اختلافهم معارضة المفهوم من ذلك لظاهر بعض المنقول ومعارضة المنقول بعضه

لبعض وذلك أن المعنى المعقول من اجازة الفطر للصائم انما هو الرخصة له لمكان رفع المشقة عنه وما كان رخصة فالافضل ترك الرخصة ويشهد لهـذا حديث حمزة ابن عمر والاسلمى خرجه مسلم أنه قال يارسول الله اجد في قوة على الصيام في السفر فهل على من جناح فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : هى رخصة من الله فمن أخذ بها فحسن ومن أحب أن يصوم فلا جناح عليه.

وأما ماورد من قوله عليه الصلاة والسلام ليس من البر أن تصوم في السفر ومن أن آخر فعله عليه الصلاة والسلام كان الفطر فيوهم أن الفطر أفضل لكن الفطر لما كان ليس حكما وانما هو من فعل المباح عسر على الجمهور أن يضعوا المباح أفضل من الحكم. وأما من خير في ذلك فلمكان حديث عائشة قالت سأل حمزة بن عمر والاسلمى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الصيام في السفر فقال : إن شئت فصم وان شئت فافطر خرجه مسلم.

(وأما المسئلة الثالثة) وهي هل الفطر الجائز للمسافر هو فى سفر محدود أوفي سفر غير محدود فان العلماء اختلفوا فيها، فذهب الجمهور الى انه انما يفطر في السفر الذى تقصر فيه الصلاة وذلك على حسب اختلافهم فى هـذه المسئلة وذهب قوم الى انه يفطر في كل ماينطلق عليه اسم سفر وهم أهل الظاهر * والسبب في اختلافهم معارضة ظاهر اللفظ للمعنى وذلك أن ظاهر اللفظ ان كل ماينطلق عليه اسم مسافر فله أن يفطر لقوله تعالى (فمن كان منكم مريضا أو على سفر فعدة من أيام أخر) وأما المعنى المعقول من اجازة الفطر في السفر فهو المشقة ولما كانت لاتوجد في كل سفر وجب أن يجوز الفطر فى السفر الذى فيه المشقة ولما كان الصحابة كأنهم مجمعون على الحد في ذلك وجب أن يقاس ذلك على الحد فى تقصير الصلاة.

وأما المرض الذى يجوز فيه الفطر فانهم اختلفوا فيه أيضا فذهب قوم الى انه المرض الذى يلحق من الصوم فيه مشقة وضرورة وبه قال مالك وذهب قوم الى انه المرض الغالب وبه قال أحمد. وقال قوم اذا انطلق عليه اسم المريض أفطر * وسبب اختلافهم هو بعينه سبب اختلافهم في حد السفر.

(وأما المسئلة الخامسة) وهى متى يفطر المسافر ومتى يمسك فان قوما قالوا يفطر يومه الذى خرج فيه مسافراً وبه قال الشعبي والحسن وأحمد. وقالت طائفة لايفطر يومه ذلك وبه قال فقهاء الامصار. واستحب جماعة العلماء لمن علم انه يدخل المدينة أول يومه ذلك أن يدخل صائما. وبعضهم في ذلك أكثر تشديداً من بعض وكلهم لم يوجبوا على من دخل مفطرا كفارة واختلفوا فيمن دخل وقد ذهب بعض النهار

فذهب مالك والشافعي الى انه يتمادى على فطره. وقال أبو حنيفة واصحابه يكف عن الاكل وكذلك الحائض عنده تطهر تكف عن الاكل ✡ والسبب في اختلافهم في الوقت الذي يفطر فيه المسافر هو معارضة الاثر للنظر. أما الاثر فانه ثبت من حديث ابن عباس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم صام حتى بلغ الكديد ثم أفطر وافطر الناس معه وظاهر هذا انه افطر بعد أن بيت الصوم وأما الناس فلا يشك انهم افطروا بعد تبييتهم الصوم وفي هذا المعنى أيضا حديث جابر بن عبد الله أن رسول الله صلى الله عليه وسلم خرج عام الفتح الى مكة فصار حتى بلغ كراع الغميم وصام الناس ثم دعا بقدح من ماء فرفعه حتى نظر الناس اليه ثم شرب فقيل له بعد ذلك ان بعض الناس قد صام فقال أولئك العصاة أولئك العصاة وخرج أبو داود عن أبي نصرة الغفاري انه لما تجاوز البيوت دعا بالسفرة قال جعفر راوي الحديث فقلت ألست تؤم البيوت فقال أترغب عن سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم قال جعفر فاكل.

وأما النظر فلما كان المسافر لايجوز له الا أن يبت الصوم ليلة سفره لم يجزله أن يبطل صومه وقد بيته لقوله تعالى (ولا تبطلوا أعمالكم)

وأما اختلافهم في امساك الداخل في اثناء النهار عن الاكل أولا امساكه * فالسبب فيه اختلافهم في تشبيه من يطرأ عليه في يوم شك افطر فيه الثبوت انه من رمضان فمن شبهه به قال يمسك عن الاكل ومن لم يشبهه به قال لايمسك عن الاكل لان الاول أكل لموضع الجهل وهذا اكل لسبب مبيح او موجب للاكل. والحنفية تقول كلاهما سببان موجبان للامساك عن الاكل بعد اباحة الاكل.

(وأما المسئلة السادسة) وهي هل يجوز للصائم في رمضان أن ينشيء سفرا ثم لايصوم فيه فان الجمهور على انه يجوز ذلك له وروى عن بعضهم وهو عبيدة السلماني وسويد بن غفلة وابن مجلز انه ان سافر فيه صام ولم يجيزوا له الفطر ✡ والسبب في اختلافهم اختلافهم في مفهوم قوله تعالى (فمن شهد منكم الشهر فليصمه) وذلك انه يحتمل ان يفهم منه أن من شهد بعض الشهر فالواجب عليه أن يصومه كله ويحتمل أن يفهم منه أن من شهد ان الواجب أن يصوم ذلك البعض الذي شهده وذلك أنه لما كان المفهوم باتفاق أن من شهده كله فهو يصومه كله كان من شهد بعضه فهو يصوم بعضه ويؤيد تأويل الجمهور انشاء رسول الله صلى الله عليه وسلم السفر في رمضان. وأما حكم المسافر اذا فطر فهو القضاء باتفاق وكذلك المريض لقوله تعالى «فعدة من أيام أخر» ما عدا المريض باغماء أو جنون فانهم اختلفوا في وجوب القضاء عليه وفقهاء الامصار على وجوبه على المغمى عليه. واختلفوا في المجنون ومذهب مالك وجوب القضاء عليه وفيه ضعف لقوله

عليه الصلاة والسلام : وعن المجنون حتى يفيق والذين أوجبوا عليهما القضاء اختلفوا في كون الاغماء والجنون مفسدا للصوم فقوم قالوا انه مفسد وقوم قالوا ليس بمفسد وقوم فرقوا بين أن يكون اغمى عليه بعد الفجر اوقبل الفجر وقوم قالوا ان أغمى عليه بعد مضى أكثر النهار اجزأه وان أغمى عليه في أول النهار قضى وهو مذهب مالك وهذا كله فيه ضعف فان الاغماء والجنون صفة يرتفع بها التكليف وبخاصة الجنون واذا ارتفع التكليف لم يوصف بمفطر ولا صائم فكيف يقال في الصفة التى ترفع التكليف انها مبطلة للصوم الا كما يقال فى الميت أو فيمن لا يصح منه العمل أنه قد بطل صومه وعمله ويتعلق بقضاء المسافر والمريض مسائل منها هل يقضيان ما عليهما متتابعا أم لا ومنها ماذا عليهما اذا أخر القضاء بغير عذر الى ان يدخل رمضان آخر ومنها اذا ماتا ولم يقضيا هل يصوم عنهما وليهما أولا يصوم

﴿اما المسئلة الاولى﴾ فان بعضهم اوجب ان يكون القضاء متتابعا على صفة الاداء وبعضهم لم يوجب ذلك وهؤلاء منهم من خير ومنهم من استحب التتابع والجماعة على ترك ايجاب التتابع ✡ وسبب اختلافهم تعارض ظواهر اللفظ والقياس وذلك ان القياس يقتضى أن يكون الاداء على صفة القضاء اصل ذلك الصلاة والحج واما ظاهر قوله تعالى فعدة من ايام اخر فانما يقتضى ايجاب العدد فقط لا ايجاب التتابع وروى عن عائشة أنها قالت نزلت فعدة من ايام اخر متتابعات فسقطا متتابعات واما اذا اخر القضاء حتى دخل رمضان آخر فقال قوم يجب عليه بعد صيام رمضان الداخل القضاء والكفارة وبه قال مالك والشافعي واحمد وقال قوم لا كفارة عليه وبه قال الحسن البصرى وابراهيم النخعى ✡وسبب اختلافهم هل تقاس الكفارات بعضها على بعض ام لا فمن لم يجز القياس في الكفارات قال انما عليه القضاء فقط ومن اجاز القياس في الكفارات قال عليه كفارة قياسا على من أفطر متعمداً لان كليهما مستهين بحرمة الصوم أما هذا فبترك القضاء زمان القضاء وأما ذلك فبالاكل في يوم لايجوز فيه الاكل وانما كان يكون القياس مستنداً لو ثبت أن للقضاء زمانا محدودا بنص من الشارع لان أزمنة الاداء هي المحدودة في الشرع وقد شذ قوم فقالوا اذا اتصل مرض المريض حتى يدخل رمضان آخر انه لاقضاء عليه وهذا مخالف للنص وأما اذا مات وعليه صوم فان قوما قالوا لايصوم أحد عن أحد وقوم قالوا يصوم عنه وليه والذين لم يوجبوا الصوم قالوا يطعم عنه وليه وبه قال الشافعي وقال بعضهم لاصيام ولا اطعام الا أن يوصى به وهو قول مالك وقال أبوحنيفة يصوم فان لم يستطع أطعم وفرق قوم بين النذر والصيام المفروض فقالوا يصوم عنه وليه في النذر ولا يصوم

في الصيام المفروض * والسبب في اختلافهم معارضة القياس للاثر وذلك انه ثبت عنه من حديث عائشة انه قال عليه السلام : من مات وعليه صيام صامه عنه وليه خرجه مسلم وثبت عنه أيضا من حديث ابن عباس انه قال : جاء رجل الى النبي صلى الله عليه وسلم فقال يارسول الله ان أمي ماتت وعليها صوم شهر أفأقضيه عنها فقال: لو كان على أمك دين أكنت قاضيه عنها قال نعم قال فدين الله أحق بالقضاء فمن رأى أن الاصول تعارضه وذلك انه كما انه لا يصلى أحد عن أحد ولا يتوضأ أحد عن أحد كذلك لا يصوم أحد عن أحد قال لاصيام على الولى ومن أخذ بالنص في ذلك قال بايجاب الصيام عليه ومن لم يأخذ بالنص في ذلك قصر الوجوب على النذر ومن قاس رمضان عليه قال يصوم عنه في رمضان وأما من أوجب الاطعام فصيرا الى قراءة من قرأ وعلى الذين يطوقونه فدية الآية ومن خير في ذلك فجمعا بين الآية والاثر فهذه هي أحكام المسافر والمريض من الصنف الذين يجوز لهم الفطر والصوم

وأما باقي هذا الصنف وهو المرضع والحامل والشيخ الكبير فان فيه مسئلتين مشهورتين ؛ احداهما الحامل والمرضع اذا أفطرتا ماذا عليهما وهذه المسئلة للعلماء فيها أربعة مذاهب ، أحدها انهما يطعمان ولاقضاء عليهما وهو مروى عن ابن عمر وابن عباس ؛ والقول الثاني انهما يقضيان فقط ولا اطعام عليهما وهو مقابل الاول وبه قال أبو حنيفة وأصحابه وأبو عبيد وأبو ثور . والثالث انهما يقضيان ويطعمان وبه قال الشافعي والقول الرابع ان الحامل تقضي ولاتطعم والمرضع تقضي وتطعم * وسبب اختلافهم تردد شبههما بين الذي يجهده الصوم وبين المريض فمن شبههما بالمريض قال عليهما القضاء فقط ومن شبههما بالذي يجهده الصوم قال عليهما الاطعام فقط بدليل قراءة من قرأ وعلى الذين يطوقونه فدية طعام مساكين الآية

وأما من جمع عليهما الامرين فيشبه أن يكون رأى فيهما من كل واحد شبها فقال عليهما القضاء من جهة مافيهما من شبه المريض وعليهما الفدية من جهة مافيهما من شبه الذين يجهدهم الصيام ويشبه أن يكون شبههما بالمفطر الصحيح لكن يضعف هذا فان الصحيح لايباح له الفطر ومن فرق بين الحامل والمرضع ألحق الحامل بالمريض وأبقى حكم المرضع مجموعا من حكم المريض وحكم الذي يجهده الصوم أو شبههما بالصحيح ومن افرد لهما أحد الحكمين أولى والله اعلم ممن جمع كما ان من أفردهما بالقضاء اولى مما افردهما بالاطعام فقط لكون القراءة غير متواترة فتأمل هذا فانه بين

واما الشيخ الكبير والعجوز اللذان لايقدران على الصيام فانهم اجمعوا على ان لهما ان يفطرا واختلفوا فيما عليهما اذا افطرا فقال قوم عليهما وقال قوم ليس عليهما اطعام وبالاول قال الشافعي وابو حنيفة وبالثاني قال مالك الا انه استحبه واكثر من راى الاطعام عليهما يقول مداً عن كل يوم وقيل ان حفن حفنات كما كان انس يصنع اجزأه * وسبب اختلافهم اختلافهم في القراءة التي ذكرنا اعني قراءة من قرأ وعلى الذين يطيقونه فمن اوجب العمل بالقراءة التي لم تثبت في المصحف اذا وردت من طريق الآحاد العدول قال الشيخ منهم ومن لم يوجب بها عملا جعل حكمه حكم المريض الذي يتمادى به المرض حتى يموت فهذه هي احكام الصنف من الناس الذين يجوز لهم الفطر اعني أحكامهم المشهورة التي اكثرها منطوق به اولها تعلق بالمنطوق به في الصنف الذي يجوز له الفطر

واما النظر في احكام الصنف الذي لايجوز له الفطر اذا افطر فان النظر في ذلك يتوجه الى من يفطر بجماع والى من يفطر بغير جماع والى من يفطر بامر متفق عليه والى من يفطر بامر مختلف فيه اعني بشبهة اوبغير شبهة وكل واحد من هذين اما أن يكون على طريق السهو او طريق العمد اوطريق الاختيار اوطريق الاكراه

أما من افطر بجماع متعمداً في رمضان فان الجمهور على ان الواجب عليه القضاء والكفارة لما ثبت من حديث ابي هريرة انه قال جاء رجل الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال هلكت يارسول الله قال وما اهلكك قال وقعت على امرأتي في رمضان قال هل تجد ماتعتق به رقبة قال لا قال فهل تستطيع أن تصوم شهرين متتابعين قال لا قال فهل تجد ماتطعم به ستين مسكينا قال لا ثم جلس فاتي النبي صلى الله عليه وسلم بفرق فيه تمر فقال تصدق بهذا فقال اعلى أفقر مني فما بين لابتيها اهل بيت احوج اليه منا قال فضحك النبي صلى الله عليه وسلم حتى بدت انيابه ثم قال اذهب فاطعمه اهلك واختلفوا من ذلك في مواضع . منها هل الافطار متعمدا بالاكل والشرب حكمه حكم الافطار بالجماع في القضاء والكفارة ام لا. ومنها اذا جامع ساهيا ماذا عليه . ومنها ماذا على المرأة اذا لم تكن مكرهة . ومنها هل الكفارة الواجبة فيه مترتبة او على التخيير . ومنها كم المقدار الذي يجب ان يعطى كل مسكين اذا كفر بالاطعام . ومنها هل الكفارة متكررة بتكرر الجماع ام لا ، ومنها اذا لزمه الاطعام وكان معسرا هل يلزمه الاطعام اذا اثرى ام لا . وشذ قوم فلم يوجبوا على المفطر عمدا بالجماع الا القضاء فقط اما لانه لم يبلغهم هذا الحديث واما لانه لم يكن الامر عزمة في هذا الحديث لانه لوكان عزمة لوجب اذا لم يستطع الاعتاق او الاطعام ان يصوم ولابد اذا كان صحيحا على ظاهر الحديث وايضا لوكان عزمة لاعلمه عليه السلام

لأنه اذا صح انه يجب عليه الصيام ان لو كان مريضا ، وكذلك شذقوم أيضا فقالوا ليس عليه الا الكفارة فقط اذ ليس في الحديث ذكر القضاء والقضاء الواجب بالكتاب انما هو لمن أفطر ممن يجوز له الفطر أو ممن لايجوز له الصوم على الاختلاف الذي قررناه قبل في ذلك . فاما من أفطر متعمدا فليس فى ايجاب القضاء عليه نص فيلحق في قضاء المتعمد الخلاف الذى لحق في قضاء تارك الصلاة عمدا حتى خرج وقتها الا أن الخلاف في هاتين المسئلتين شاذ ، وأما الخلاف المشهور فهو في المسائل التي عددناها قبل.

(أما المسئلة الاولى) وهي هل تجب الكفارة بالافطار بالاكل والشرب متعمدا فان مالكا وأصحابه وأبا حنيفة وأصحابه والثورى وجماعة ذهبوا الى أن من أفطر متعمداً بأكل أو شرب أن عليه القضاء والكفارة المذكورة في هذا الحديث ، وذهب الشافعى وأحمد وأهل الظاهر الى أن الكفارة انما تلزم فى الافطار من الجماع فقط * والسبب في اختلافهم اختلافهم في جواز قياس المفطر بالاكل والشرب على المفطر بالجماع فمن رأى أن شبههما فيه واحد وهو انتهاك حرمة الصوم جعل حكمهما واحداً ومن رأى انه وان كانت الكفارة عقابا لانتهاك الحرمة فانها أشد مناسبة للجماع منها لغيره وذلك أن العقاب المقصود به الردع والعقاب الاكبر قد يوضع لما اليه النفس أميل وهو لها أغلب من الجنايات وان كانت الجناية متقاربة اذ كان المقصود من ذلك التزام الناس الشرائع وان يكونوا أخيارا عدولا كما قال تعالى (كتب عليكم الصيام كما كتب على الذين من قبلكم لعلكم تتقون) قال هذه الكفارة المغلظة خاصة بالجماع وهذا اذا كان ممن يرى القياس . وأما من لا يرى القياس فامره بين انه ليس يعدى حكم الجماع الى الاكل والشرب. وأما ما روى مالك فى الموطاء ان رجلا أفطر في رمضان فامره النبي عليه الصلاة والسلام بالكفارة المذكورة فليس بحجة لان قول الراوى فافطر هو مجمل والمجمل ليس له عموم فيؤخذ به لكن هذا قول على أن الراوى كان يرى أن الكفارة كانت لموضع الافطار ولولا ذلك لما عبر بهذا اللفظ ولذكر النوع من الفطر الذى أفطر به .

(وأما المسئلة الثانية) وهو اذا جامع ناسيا لصومه فان الشافعى وأبا حنيفة يقولان لا قضاء عليه ولا كفارة ، وقال مالك عليه القضاء دون الكفارة . وقال أحمد وأهل الظاهر عليه القضاء والكفارة * وسبب اختلافهم في قضاء الناسى معارضة ظاهر الاثر في ذلك للقياس .

أما القياس فهو تشبيه ناسى الصوم بناسى الصلاة فمن شبهه بناسى الصلاة أوجب عليه القضاء كوجوبه بالنص على ناسى الصلاة . وأما الاثر المعارض بظاهره لهذا القياس

فهو ما خرجه البخاري ومسلم عن أبي هريرة قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من نسي وهو صائم فأكل أو شرب فليتم صومه فانما أطعمه الله وسقاه وهذا الاثر يشهد له عموم قوله عليه الصلاة والسلام : رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه . ومن هذا الباب اختلافهم فيمن ظن أن الشمس قد غربت فأفطر ثم ظهرت الشمس بعد ذلك هل عليه قضاء أم لا وذلك أن هذا مخطىء والمخطىء والناسي حكمهما واحد فكيف ما قلنا فتأثير النسيان في اسقاط القضاء بين والله أعلم وذلك انا ان قلنا إن الاصل هو أن لا يلزم الناسي قضاء حتى يدل الدليل على الزامه وجب أن يكون النسيان لا يوجب القضاء في الصوم اذ لا دليل ههنا على ذلك بخلاف الامر في الصلاة وان قلنا ان الاصل هو ايجاب القضاء حتى يدل الدليل على رفعه عن الناسي فقد دله الدليل في حديث أبي هريرة على رفعه عن الناسي اللهم إلا أن يقول قائل ان الدليل الذي استثنى ناسي الصوم من ناسي سائر العبادات التي رفع عن تاركها الحرج بالنص هو قياس الصوم على الصلاة لكن ايجاب القضاء بالقياس فيه ضعف وانما القضاء عند الاكثر واجب بامر متجدد .

وأما من اوجب القضاء والكفارة على المجامع ناسيا فضعيف فان تأثير النسيان في اسقاط العقوبات بين في الشرع والكفارة من أنواع العقوبات وانما أصارهم الى ذلك أخذهم بمجمل الصفة المنقولة في الحديث أعني من أنه لم يذكر فيه انه فعل ذلك عمدا ولا نسيانا لكن من اوجب الكفارة على قاتل الصيد نسيانا لم يحفظ أصله في هذا مع أن النص انما جاء في المتعمد وقد كان يجب على اهل الظاهر أن يأخذوا بالمتفق عليه وهو ايجاب الكفارة على العامد الى ان يدل الدليل على ايجابها على الناسي أو يأخذوا بعموم قوله عليه الصلاة والسلام رفع عن أمتي الخطأ والنسيان حتى يدل الدليل على التخصيص ولكن كلا الفريقين لم يلزم أصله وليس في مجمل ما نقل من حديث الاعرابي حجة، ومن قال من أهل الاصول ان ترك التفصيل في اختلاف الاحوال من الشارع بمنزلة العموم في الاقوال فضعيف فان الشارع لم يحكم قط الا على مفصل وانما الاجمال في حقنا .

(وأما المسئلة الثالثة) وهو اختلافهم في وجوب الكفارة على المرأة اذا طاوعته على الجماع فان أباحنيفة وأصحابه ومالكا وأصحابه أوجبوا عليها الكفارة، وقال الشافعي وداود لا كفارة عليها ✡ وسبب اختلافهم معارضة ظاهر الاثر للقياس وذلك أنه عليه الصلاة والسلام لم يأمر المرأة في الحديث بكفارة والقياس انها مثل الرجل اذ كان كلاهما مكلفا .

(وأما المسئلة الرابعة) وهي هل هذه الكفارة مرتبة ككفارة الظهار أو

على التخيير وأعنى بالترتيب أن لا ينتقل المكلف الى واحد من الواجبات المخيرة الا بعد العجز عن الذى قبله وبالتخيير ان يفعل منها ماشاء ابتداء من غير عجز عن الآخر فانهم أيضا اختلفوا في ذلك فقال الشافعى وأبو حنيفة والثورى وسائر الكوفيين هي مرتبة فالعتق أولا فان لم يجد فالصيام فان لم يستطع فالاطعام ؛ وقال مالك هى على التخيير وروى عنه ابن القاسم مع ذلك انه يستحب الاطعام أكثر من العتق ومن الصيام * وسبب اختلافهم في وجوب الترتيب تعارض ظواهر الآثار في ذلك والاقيسة وذلك ان ظاهر حديث الاعرابى المتقدم يوجب انها على الترتيب اذ سأله النبى عليه الصلاة والسلام عن الاستطاعة عليها مرتبا وظاهر مارواه مالك من أن رجلا أفطر في رمضان فامره رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يعتق رقبة أو يصوم شهرين متتابعين أو يطعم ستين مسكينا انها على التخيير اذا وانما يقتضى في لسان العرب التخيير وان كان ذلك من لفظ الراوى الصاحب اذ كانوا هم أقعد بمفهوم الاحوال ودلالات الاقوال.

وأما الاقيسة المعارضة في ذلك فتشبيهها تارة بكفارة الظهار وتارة بكفارة اليمين لكنها أشبه بكفارة الظهار منها بكفارة اليمين وأخذ الترتيب من حكاية لفظ الراوى وأما استحباب مالك الابتداء بالاطعام فمخالف لظواهر الآثار وانما ذهب الى هذا من طريق القياس لانه رأى الصيام قد وقع بدله الاطعام في مواضع شتى من الشرع وانه مناسب له أكثر من غيره بدليل قراءة من قرأ وعلى الذين يطيقونه فدية طعام مساكين ولذلك استحب هو وجماعة من العلماء لمن مات وعليه صوم أن يكفر بالاطعام عنه وهذا كانه من باب ترجيح القياس الذى تشهد له الاصول على الاثر الذى لاتشهد له الاصول.

(وأما المسئلة الخامسة) وهو اختلافهم في مقدار الاطعام فان مالكا والشافعى وأصحابهما قالوا يطعم لكل مسكين مدا بمد النبى صلى الله عليه وسلم، وقال أبو حنيفة وأصحابه لايجزى أقل من مدين بمد النبى صلى الله عليه وسلم وذلك نصف صاع لكل مسكين * وسبب اختلافهم معارضة القياس للاثر أما القياس فتشبيه هذه الفدية بفدية الاذى المنصوص عليها. وأما الاثر فما روى في بعض طرق حديث الكفارة أن الفرق كان فيه خمسة عشر صاعا لكن ليس يدل كونه فيه خمسة عشر صاعا على الواجب من ذلك لكل مسكين الا دلالة ضعيفة وانما يدل على ان بدل الصيام في هذه الكفارة هو هذا القدر.

(وأما المسئلة السادسة) وهي تكرر الكفارة بتكرر الافطار فانهم أجمعوا على ان من وطىء في رمضان ثم كفر ثم وطىء في يوم آخر أن عليه كفارة أخرى وأجمعوا

على انه من وطىء مرارا في يوم واحد انه ليس عليه الا كفارة واحــدة . واختلفوا فيمن وطىء في يوم من رمضان ولم يكفر حتى وطىء في يوم ثان فقال مالك والشافعى وجماعة عليه لــكل يوم كفارة . وقال أبو حنيفة وأصحابه عليه كفارة واحدة مالم يكفر عن الجماع الاول ✡ والسبب في اختلافهم تشبيه الكفارات بالحدود فمن شبهها بالحدود قال كفارة واحــدة تجزى في ذلك عن أفعال كثيرة كما يلزم الزانى جلد واحد وان زنى ألف مرة اذا لم يحد لواحد منها ومن لم يشبهها بالحدود جعل لــكل واحد من الايام حكما منفردا بنفسه في هتك الصوم فيه أوجب في كل يوم كفارة . قالوا والفرق بينهما أن الكفارة فيها نوع من القربة والحدود زجر محض .

(وأما المسئلة السابعة) وهي هل يجب عليــه الاطعام اذا أيسر وكان معسراً في وقت الوجوب فان الاوزاعى قال لاشىء عليه ان كان معسراً ، وأما الشافعى فتردد في ذلك ✡ والسبب في اختلافهم في ذلك انه حكم مسكوت عنه فيحتمل أن يشبه بالديون فيعود الوجوب عليه في وقت الاثراء ويحتمل أن يقال لو كان ذلك واجبا عليه لبينه له عليه الصلاة والسلام فهذه أحكام من أفطر متعمداً في رمضان مما أجمع على أنه مفطر وأما من أفطر بما هو مختلف فيه فان بعض من أوجب فيه الفطر أوجب فيه القضاء والكفارة وبعضهم أوجب فيه القضاء فقط مثل من رأى الفطر من الحجامة ومن الاستقاء ومن بلع الحصاة ومثل المسافر يفطر أول يوم يخرج عند من يرى أنه ليس له أن يفطر في ذلك اليوم فان مالــكا أوجب فيه القضاء والكفارة وخالفه في ذلك سائر فقهاء الامصار وجمهور أصحابه.

وأما من أوجب القضاء والكفارة من الاســتقاء فأبو ثور والاوزاعى وسائر من يرى ان الاســتقاء مفطر لايوجبون الا القضاء فقط . والذى أوجب القضاء والكفارة فى الاحتجام من القائلين بان الحجامة تفطر هو عطاء وحــده ✡ وسبب هــذا الخلاف ان المفطر بشئ فيه اختلاف فيه شبه من غير المفطر ومن المفطر فمن غلب أحــد الشبهين أوجب له ذلك الحــكم وهــذان الشبهان الموجودان فيه هما اللذان أوجبــا فيه الخلاف أعنى هل هو مفطر أو غير مفطر ولكون الافطار شبهة لايوجب الكفارة عنــد الجمهور وانمــا يوجب القضاء فقط نزع أبو حنيفة الى أنه من أفطر متعمدا للفطر ثم طرأ عليه في ذلك اليوم سبب مبيح للفطر انه لا كفارة عليه كالمرأة تفطر عمدا ثم تحيض باقى النهار وكالصحيح يفطر عمدا ثم يمرض والحاضر يفطر ثم يسافر فمن اعتبر الامر فى نفســه أعنى انه مفطر فى يوم جاز له الافطار فيه لم يوجب عليهم كفارة وذلك ان كل واحد من هؤلاء قد كشف له الغيب انه افطر في يوم جاز له الافطار فيــه ومن اعتبر الاستهانة بالشرع أوجب

عليه الكفارة لانه حين أفطر لم يكن عنده علم بالاباحة وهو مذهب مالك والشافعى ومن هذا الباب ايجاب مالك القضاء فقط على من أكل وهو شاك في الفجر وايجابه القضاء والكفارة على من أكل وهو شاك في الغروب على ماتقدم من الفرق بينهما.واتفق الجمهور على انه ليس في الفطر عمدا في قضاء رمضان كفارة لانه ليس له حرمة زمان الاداء اعنى رمضان الا قتادة فانه أوجب عليه القضاءوالكفارةوروى عن ابن القاسم وابن وهب أن عليه يومين قياسا على الحج الفاسد .وأجمعوا على أن من سنن الصوم تأخير السحور وتعجيل الفطر لقوله عليه الصلاة والسلام : لايزال الناس بخير ماعجلوا الفطر وأخروا السحور وقال تسحروا فان السحور بركة وقال عليه الصلاة والسلام : فصل مابين صيامنا وصيام أهل الكتاب أكلة السحر وكذلك جمهورهم على أن من سنن الصوم ومرغباته كف اللسان عن الرفث والخنا : لقوله عليه الصلاة والسلام انما الصوم جنة فاذا أصبح أحدكم صائما فلا يرفث ولا يجهل فان امرؤ شاتمه فليقل انى صائم،وذهب أهل الظاهر الى ان الرفث يفطر وهو شاذ فهذه مشهورات مايتعلق بالصوم المفروض من المسائل وبقى القول في الصوم المندوب اليه وهو القسم الثانى من هذا الكتاب

(بسم الله الرحمن الرحيم)

﴿كتاب الصيام الثانى وهو المندوب اليه﴾

والنظر فى الصيام المندوب اليه هو في تلك الاركان الثلاثة،وفي حكم الافطار فيه.فاما الايام التى يقع فيها الصوم المندوب اليه وهو الركن الاول فانها على ثلاثة أقسام أيام مرغب فيها،وأيام منهى عنها ؛وأيام مسكوت عنها ومن هذه ماهو مختلف فيه ومنها ماهو متفق عليه.

أما المرغب فيه المتفق عليه فصيام يوم عاشوراء.وأما المختلف فيه فصيام يوم عرفة وست من شوال والغرر من كل شهر وهي الثالث عشر والرابع عشر والخامس عشر . أما صيام يوم عاشوراء فلانه ثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم : صامه وأمر بصيامه وقال فيه من كان أصبح صائما فليتم صومه ومن كان

أصبح مفطرا فليتم بقية يومه . واختلفوا فيه هل هو التاسع أو العاشر ✡ والسبب في ذلك اختلاف الآثار خرج مسلم عن ابن عباس قال اذا رأيت هلال المحرم فاعدد واصبح يوم التاسع صائما قلت هكذا كان محمد صلى الله عليه وسلم يصومه قال نعم وروى أنه حين صام رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم عاشوراء وأمر بصيامه قالوا يارسول الله انه يوم يعظمه اليهود والنصارى فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : فاذا كان العام المقبل ان شاء الله صمنا اليوم التاسع قال فلم يأت العام المقبل حتى توفي رسول الله صلى الله عليه وسلم .

واما اختلافهم في يوم عرفة فلان النبي عليه الصلاة والسلام : أفطر يوم عرفة وقال فيه صيام يوم عرفة يكفر السنة الماضية و الآتية ولذلك اختلف الناس في ذلك ، واختار الشافعي الفطر فيه للحاج وصيامه لغير الحاج جمعا بين الاثرين وخرج أبوداود ان رسول الله صلى الله عليه وسلم : نهى عن صيام يوم عرفة بعرفة وأما الست من شوال فانه ثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من صام رمضان ثم أتبعه ستا من شوال كان كصيام الدهر الا ان مالكا كره ذلك اما مخافة ان يلحق الناس برمضان ماليس من رمضان واما لانه لعله لم يبلغه الحديث أو لم يصح عنده وهو الاظهر وكذلك كره مالك تحرى صيام الغرر مع ماجاء فيها من الاثر مخافة ان يظن الجهال بها انها واجبة وثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان : يصوم من كل شهر ثلاثة أيام غير معينة وأنه قال لعبد الله بن عمرو بن العاص لما اكثر الصيام أما يكفيك من كل شهر ثلاثة أيام قال فقلت يارسول الله إني اطيق اكثر من ذلك قال خمسا قلت يارسول الله انى اطيق اكثر من ذلك قال سبعا قلت يارسول الله انى أطيق أكثر من ذلك قال تسعا قلت يارسول الله انى أطيق أكثر من ذلك قال أحد عشر قلت يارسول الله انى أطيق أكثر من ذلك فقال عليه الصلاة والسلام : لاصوم فوق صيام داود شطر الدهر صيام يوم وافطار يوم وخرج أبو داود انه كان يصوم يوم الاثنين ويوم الخميس وثبت انه لم يستتم قط شهرا بالصيام غير رمضان وان اكثر صيامه كان في شعبان .

وأما الايام المنهى عنها فمنها أيضا متفق عليها ومنها مختلف فيها . أما المتفق عليها فيوم الفطر ويوم الاضحى لثبوت النهى عن صيامهما . وأما المختلف فيها فأيام التشريق ويوم الشك ويوم الجمعة ويوم السبت والنصف الآخر من شعبان وصيام الدهر . أما أيام التشريق فان أهل الظاهر لم يجزوا الصوم فيها ، وقوم أجازوا ذلك فيها . وقوم كرهوه وبه قال مالك الا انه أجاز صيامها لمن وجب عليه الصوم في الحج وهو المتمتع وهذه الايام هي الثلاثة الايام التى بعد يوم النحر ✡ والسبب في اختلافهم تردد قوله عليه

الصلاة والسلام : في أنها أيام أكل وشرب بين أن يحمل على الوجوب أو على الندب فمن حمله على الوجوب قال الصوم يحرم ومن حمله على الندب قال الصوم مكروه ويشبه أن يكون من حمله على الندب إنما صار الى ذلك وغلبه على الاصل الذى هو حمله على الوجوب لانه رأى انه ان حمله على الوجوب عارضه حديث أبى سعيد الخدرى الثابت بدليل الخطاب وهو انه قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : لايصح الصيام في يومين يوم الفطر من رمضان ويوم النحر فدليل الخطاب يقتضى ان ماعدا هذين اليومين يصح الصيام فيه والا كان تخصيصهما عبثاً لافائدة فيه. وأما يوم الجمعة فان قوما لم يكرهوا صيامه ومن هؤلاء مالك وأصحابه وجماعة، وقوم كرهوا صيامه الا أن يصام قبله أو بعده * والسبب في اختلافهم اختلاف الآثار في ذلك فمنها حديث ابن مسعود ان النبى صلى الله عليه وسلم كان يصوم ثلاثة أيام من كل شهر قال وما رأيته يفطر يوم الجمعة وهو حديث صحيح، ومنها حديث جابر ان سائلا سأل جابرا أسمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى أن يفرد يوم الجمعة بصوم قال نعم ورب هذا البيت خرجه مسلم ؛ ومنها حديث أبى هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : لايصوم أحدكم يوم الجمعة الا أن يصوم قبله أو يصوم بعده خرجه أيضا مسلم فمن أخذ بظاهر حديث ابن مسعود أجاز صيام يوم الجمعة مطلقا ومن أخذ بظاهر حديث جابر كرهه مطلقا ومن أخذ بحديث أبى هريرة جمع بين الحديثين أعنى حديث جابر وحديث ابن مسعود.

وأما يوم الشك فان جمهور العلماء على النهى عن صيام يوم الشك على انه من رمضان لظواهر الاحاديث التى يوجب مفهومها تعلق الصوم بالرؤية أو باكمال العدد الاماحكيناه عن ابن عمر. واختلفوا في تحرى صيامه تطوعا فمنهم من كرهه على ظاهر حديث عمار من صام يوم الشك فقد عصى أبا القاسم، ومن أجازه فلانه قد روى عليه السلام : صام شعبان كله ولما قد روى من أنه عليه السلام قال : لاتتقدموا رمضان بيوم ولا بيومين إلا ان يوافق ذلك صوما كان يصومه أحدكم فليصمه وكان الليث بن سعد يقول انه ان صامه على انه من رمضان ثم جاء الثبت انه من رمضان أجزأه وهذا دليل على ان النية تقع بعد الفجر في التحول من نية التطوع الى نية الفرض.

وأما يوم السبت * فالسبب في اختلافهم فيه اختلافهم في تصحيح ماروى من انه عليه السلام قال : لا تصوموا يوم السبت الا فيما افترض عليكم خرجه ابو داود قالوا والحديث منسوخ نسخه حديث جويرية بنت الحرث أن النبى عليه السلام : دخل عليها يوم الجمعة وهى صائمة فقال صمت أمس فقالت لافقال تريدين أن تصومى غد

قالت لا قال فافطري وأما صيام الدهر فانه قد ثبت النهى عن ذلك لكن مالك لم ير بذلك بأساً وعسى رأى النهي في ذلك انما هومن باب خوف الضعف والمرض.

وأما صيام النصف الآخر من شعبان فان قوما كرهوه ؛ وقوما اجازوه فمن كرهوه فلما روى من انه عليه السلام : قال لاصوم بعد النصف من شعبان حتى رمضان ومن أجازه فلما روى عن أم سلمة قالت مارأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم صام شهرين متتابعين إلا شعبان ورمضان ولما روى عن ابن عمر قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم : يقرن شعبان برمضان وهذه ألآثار خرجها الطحاوى .

وأما الركن الثانى وهو النية فلا أعلم ان احدا لم يشترط النيـة في صوم التطوع وانما اختلفوا في وقت النية على ماتقدم .

وأما الركن الثالث وهو الامساك عن المفطرات فهو بعينـه الامساك الواجب في الصوم المفروض والاختلاف الذى هنالك لاحق ههنا.

وأما حكم الافطار في التطوع فانهم أجمعوا على انه ليس على من دخل في صيام تطوع فقطعه لعذر قضاء . واختلفوا اذا قطعه لغير عذر عامدا فاوجب مالك وأبو حنيفة عليه القضاء ، وقال الشافعى وجماعة ليس عليـه قضاء * والسبب في اختلافهم اختلاف الآثار في ذلك وذلك ان مالكا روى ان حفصة وعائشة زوجي النبي عليه الصـلاة والسلام أصبحتا صائمتين متطوعتين فاهدى لهما طعام فأفطرتا عليه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : أقضيا يوما مكانه وعارض هذا حديث امهانىء قالت لما كان يوم الفتح فتح مكة جاءت فاطمة فجلست عن يسار رسـول الله صلى الله عليه وسـلم وام هانىء عن يمينه قالت فجاءت الوليدة باناء فيه شراب فناولته فشرب منه ثم ناوله ام هانئ فشربت منه قالت يارسول الله لقد افطرت وكنت صائمة فقال لها عليه السلام اكنت تقضين شيأ قالت لا قال فلا يضرك ان كان تطوعا واحتج الشافعى فى هذا المعنى بحديث عائشة انها قالت دخل على رسـول الله صلى الله عليـه وسلم : فقلت أنا خبأت لك خبأ فقال أمانى كنت اريد الصيام ولكن قربيه وحديث عائشة وحفصة غير مسند ولاختـلافهم أيضا فى هذه المسئلة سبب آخر وهو تردد الصوم التطوع بين قياسه على صلاة التطوع أو على حج التطوع وذلك انهم أجمعوا على ان من دخل في الحج والعمرة متطوعا يخرج منها ان عليه القضاء. وأجمعوا على ان من خرج من صلاة التطوع فليس عليـه قضاء فيما علمت . وزعم من قاس الصوم على الصلاة انه أشبه بالصلاة منه بالحج لان الحج له حكم خاص فى هـذا المعنى وهوانه يلزم المفسد له المسير فيه الى آخره . واذا افطر في

التطوع ناسيا فالجمهورعلى أن لاقضاء عليه . وقال ابن علية عليه القضاء قياسا على الحج ولعل مالكا حمل حـــديث ام هانيء على النسيان وحديث أم هانئ خرجه أبو داود وكذلك خرج حديث عائشة بقريب من اللفظ الذى ذكرناه وخرج حديث عائشة وحفصة بعينه .

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

﴿ كتاب الاعتكاف ﴾

والاعتكاف مندوب اليه بالشرع واجب بالنذر ولا خلاف في ذلك الا ماروى عن مالك انه كره الدخول فيه مخافة أن لايوفي شرطه وهو في رمضان اكثر منه في غيره وبخاصة في العشر الاواخر منه اذ كان ذلك هو آخر اعتكافه صلى الله عليه وسلم وهو بالجمـلة يشتمل على عمل مخصوص في موضع مخصوص وفي زمان مخصوص بشروط مخصوصة وتروك مخصوصة. فاما العمل الذى يخصه ففيه قولان قيل أنه الصلاة وذكر الله وقراءة القرآن لاغير ذلك من أعمال البر والقرب وهو مذهب ابن القاسم، وقيل جميع أعمال القرب والبر المختصة بالآخرة وهو مذهب ابن وهب فعلى هـــذا المذهب يشهد الجنائز ويعود المرضى ويدرس العلم وعلى المذهب الاول لا وهذ هو مذهب الثورى والاول هو مذهب الشافعي وأبي حنيفة * وسبب اختلافهم أن ذلك شي مسكوت عنه أعني أنه ليس فيه حد مشروع بالقول فمن فهم من الاعتكاف حبس النفس على الافعال المختصة بالمساجد قال لايجوز للمعتكف الا الصـــلاة والقراءة ومن فهم منه حبس النفس على القرب الاخروية كلها أجاز له غير ذلك مماذكرناه وروى عن على رضى الله عنه أنه قال من اعتكف لايرفث ولايساب وليشهد الجمعة والجنازة ويوصى أهله اذا كانت له حاجة وهو قائم ولايجلس ذكره عبد الرزاق وروى عن عائشة خلاف هذا وهو ان السنة للمعتكف ان لايشهد جنازة ولا يعود مريضا وهذا أيضا أحد ماأوجب الاختلاف في هذا المعنى .

وأما المواضع التى فيها يكون الاعتكاف فانهم اختلفوا فيها فقال قوم لاعتكاف إلا في المساجد الثلاثة بيت الله الحرام وبيت المقدس ومسجد النبي عليـــه السلام وبه قال حذيفة وسعيد بن المسيب، وقال آخرون الاعتكاف عام في كل مسجد وبه قال الشافعي

وأبو حنيفة والثورى وهو مشهور مذهب مالك،وقال آخرون لااعتكاف الا في مسجد فيه جمعة وهي رواية ابن عبد الحكم عن مالك واجمع الكل على ان من شرط الاعتكاف المسجد الا ماذهب اليه ابن لبابة من أنه يصح في غير مسجد وان مباشرة النساء انما حرمت على المعتكف اذا اعتكف في المسجد والا ماذهب اليه أبوحنيفة من ان المرأة انما تعتكف في مسجد بيتها ✡ وسبب اختلافهم في اشتراط المسجد او ترك اشتراطه هو الاحتمال الذى فى قوله تعالى(ولا تباشروهن وانتم عاكفون فى المساجد) بين ان يكون له دليل خطاب أم لا يكون له فمن قال له دليل خطاب قال لا اعتكاف الا فى مسجد وان من شرط الاعتكاف ترك المباشرة ،ومن قال ليس له دليل خطاب قال المفهوم منه ان الاعتكاف جائز فى غير المسجد وانه لا يمنع المباشرة لان قائلا لو قال لا تعط فلانا شيئا اذا كان داخلا فى الدار لكان مفهوم دليل الخطاب يوجب ان يعطيه اذ كان خارج الدار ولكن هو قول شاذ .والجمهور على أن العكوف انما أضيف الى المساجد لأنها من شرطه ✡ وأما سبب اختلافهم فى تخصيص بعض المساجد أو تعميمها فمعارضة العموم للقياس المخصص له فمن رجح العموم قال فى كل مسجد على ظاهر الآية ومن انقدح له تخصيص بعض المساجد من ذلك العموم بقياس اشترط أن يكون مسجدا فيه جمعة لئلا ينقطع عمل المعتكف بالخروج الى الجمعة أو مسجدا تشد اليه المطى مثل مسجد النبىصلى الله عليه وسلم الذى وقع فيه اعتكافه ولم يقس سائر المساجد عليه اذ كانت غير مساوية له في الحرمة ✽ وأما سبب اختلافهم في اعتكاف المرأة فمعارضة القياس أيضا للاثر وذلك انه ثبت ان حفصة وعائشة وزينب أزواج النبى صلى الله عليه وسلم استأذن رسول الله صلى الله عليه وسلم في الاعتكاف في المسجد فاذن لهن حين ضربن أخبيتهن فيه فكان هذا الاثر دليلا على جواز اعتكاف المرأة في المسجد واما القياس المعارض لهذا فهو قياس الاعتكاف على الصلاة وذلك انه لما كانت صلاة المراة في بيتها افضل منها في المسجد على ما جاء الخبر وجب أن يكون الاعتكاف في بيتها أفضل.قالوا وانما يجوز للمرأة أن تعتكف في المسجد مع زوجها ففط على نحو ماجاء في الاثر من اعتكاف أزواجه عليه الصلاة والسلام معه كما تسافر معه ولا تسافر مفردة وكأنه نحو من الجمع بين القياس والاثر . واما زمان الاعتكاف فليس لاكثره عندهم حد واجب وان كان كلهم يختار العشر الاواخر من رمضان بل يجوز الدهر كله اما مطلقا عندمن لا يرى الصوم من شروطه وأما ما عدى الايام التى لا يجوز صومها عند من يرى الصوم من شروطه. وأما أقله فانهم اختلفوا فيه.وكذلك اختلفوا في الوقت الذى يدخل فيه

المتكف لاعتكافه وفي الوقت الذي يخرج فيه منه اما أقل زمان الاعتكاف فعند الشافعي وأبي حنيفة وأكثر الفقهاء انه لا حد له واختلف عن مالك في ذلك فقيل ثلاثة أيام وقيل يوم وليلة وقال ابن القاسم عنه أقله عشرة أيام وعند البغداديين من أصحابه ان العشرة استحباب وان أقله يوم وليلة * والسبب في اختلافهم معارضة القياس للاثر اما القياس فانه من اعتقد أن من شرطه الصوم قال لا يجوز اعتكاف ليلة واذا لم يجز اعتكافه ليلة فلا أقل من يوم وليلة اذ انعقاد صوم النهار انما يكون بالليل . وأما الاثر المعارض فما خرجه البخارى من أن عمر رضي الله عنه نذر أن يعتكف ليلة فامره رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يفي بنذره ولا معنى للنظر مع الثابت من هذا الاثر . وأما اختلافهم في الوقت الذي يدخل فيه المتكف الى اعتكافه اذا نذر أياما معدودة أو يوما واحداً فان مالكا والشافعي وأبا حنيفة اتفقوا على أنه من نذر اعتكاف شهر انه يدخل المسجد قبل غروب الشمس وأما من نذر ان يعتكف يوما فان الشافعي قال من أراد ان يعتكف يوما واحدا دخل قبل طلوع الفجر وخرج بعد غروبها وأما مالك فقوله في اليوم والشهر واحد بعينه ، وقال زفر والليث يدخل قبل طلوع الفجر واليوم والشهر عندهما سواء ، وفرق أبو ثور بين نذر الليالي والايام فقال اذا نذر أن يعتكف عشرة ايام دخل قبل طلوع الفجر واذا نذر عشر ليال دخل قبل غروبها . وقال الاوزاعي يدخل في اعتكافه بعد صلاة الصبح * والسبب في اختلافهم معارضة الاقيسة بعضها بعضا ومعارضة الاثر لجميعها وذلك انه من رأى ان أول الشهر ليلة واعتبر الليالي قال يدخل قبل مغيب الشمس ومن لم يعتبر الليالي قال يدخل قبل الفجر ومن رأى ان اسم اليوم يقع على الليل والنهار معا أوجب من نذر يوما أن يدخل قبل غروب الشمس ومن رأى انه انما ينطلق على النهار أوجب الدخول قبل طلوع الفجر ومن رأى ان اسم اليوم خاص بالنهار واسم الليل بالليل فرق بين أن ينذر اياما أو ليالي والحق ان اسم اليوم في كلام العرب قد يقال على النهار مفرداً وقد يقال على الليل والنهار معا لكن يشبه أن يكون دلالته الاولى انما هي على النهار ودلالته على الليل بطريق اللزوم . وأما الاثر المخالف لهذه الاقيسة كلها فهو ما خرجه البخارى وغيره من أهل الصحيح عن عائشة قالت كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يعتكف في رمضان واذا صلى الغداة دخل مكانه الذي كان يعتكف فيه . واما وقت خروجه فان مالكا رأى ان يخرج المتكف العشر الاواخر من رمضان من المسجد الى صلاة العيد على جهة الاستحباب وانه ان خرج بعد غروب الشمس أجزأه . وقال الشافعي وابو حنيفة بل يخرج بعد غروب الشمس وقال سحنون وابن الماجشون ان رجع الى بيته قبل صلاة العيد فسد اعتكافه . وسبب الاختلاف هل

الليلة الباقية هي من حكم العشر أم لا . وأما شروطه فثلاث النية والصيام وترك مباشرة النساء . اما النية فلا أعلم فيها اختلافا وأما الصيام فانهم اختلفوا فيه فذهب مالك وأبو حنيفة وجماعة الى انه لا اعتكاف الا بالصوم . وقال الشافعي الاعتكاف جائز بغير صوم وبقول مالك قال من الصحابة ابن عمر وابن عباس على خلاف عنه في ذلك وبقول الشافعي قال علي وابن مسعود ✡ والسبب في اختلافهم ان اعتكاف رسول الله صلى الله عليه وسلم انما وقع في رمضان فمن رأى ان الصوم المقترن باعتكافه هو شرط في الاعتكاف وان لم يكن الصوم للاعتكاف نفسه قال لابد من الصوم مع الاعتكاف ومن رأى انه انما اتفق ذلك اتفاقا لا على ان ذلك كان مقصوداً له عليه الصلاة والسلام في الاعتكاف قال ليس الصوم من شرطه ولذلك أيضا سبب آخر وهو اقترانه مع الصوم في آية واحدة وقد احتج الشافعي بحديث عمر المتقدم وهو انه أمره عليه الصلاة والسلام ان يعتكف ليلة والليل ليس بمحل للصيام واحتجت المالكية بما روى عبد الرحمن ابن اسحاق عن عروة عن عائشة انها قالت السنة للمعتكف أن لايعود مريضا ولا يشهد جنازة ولا يمس امرأة ولايباشرها ولا يخرج الا الى مالابدله منه ولا اعتكاف الا بصوم ولا اعتكاف الا في مسجد جامع قال أبو عمر بن عبد البر لم يقل أحد في حديث عائشة هذا السنة الا عبد الرحمن بن اسحاق ولا يصح هذا الكلام عندهم الا من قول الزهري وان كان الامر هكذا بطل أن يجري مجرى المسند. وأما الشرط الثالث وهي المباشرة فانهم أجمعوا على ان المعتكف اذا جامع عامدا بطل اعتكافه الا ماروى عن ابن لبابة في غير المسجد. واختلفوا فيه اذا جامع ناسيا. واختلفوا أيضا في فساد الاعتكاف بما دون الجماع من القبلة واللمس فرأى مالك ان جميع ذلك يفسد الاعتكاف وقال أبو حنيفة ليس في المباشرة فساد الا ان ينزل وللشافعي قولان ، أحدهما مثل قول مالك ، والثاني مثل قول أبي حنيفة ✡ وسبب اختلافهم هل الاسم المتردد بين الحقيقة والمجاز له عموم أم لا وهو أحد انواع الاسم المشترك فمن ذهب الى ان له عموما قال ان المباشرة في قوله تعالى (ولاتباشروهن وانتم عاكفون في المساجد) ينطلق على الجماع وعلى مادونه ومن لم ير له عموما وهو الاشهر الاكثر قال يدل اما على الجماع وأما على مادون الجماع فاذا قلنا انه يدل على الجماع باجماع بطل أن يدل على غير الجماع لان الاسم الواحد لا يدل على الحقيقة والمجاز معا ومن أجرى الانزال بمنزلة الوقاع فلانه في معناه ومن خالف فلانه لاينطلق عليه الاسم حقيقة. واختلفوا فيما يجب على المجامع فقال الجمهور لاشيء عليه وقال قوم عليه كفارة فبعضهم قال كفارة المجامع في رمضان وبه قال الحسن وقال قوم يتصدق بدينارين وبه قال مجاهد. وقال قوم يعتق رقبة فان لم يجد

أهدى بدنة فان لم يجد تصدق بعشرين صاعا من تمر وأصل الخلاف هل يجوز القياس في الكفارة أم لا والاظهر انه لايجوز. واختلفوا في مطلق النذر بالاعتكاف هل من شرطه التتابع أم لا فقال مالك وأبو حنيفة ذلك من شرطه وقال الشافعي ليس من شرطه ذلك ✡ والسبب في اختلافهم قياسه على نذر الصوم المطلق .

وأما موانع الاعتكاف فاتفقوا على انها ماعدا الافعال التي هي أعمال المعتكف وانه لايجوز للمعتكف الخروج من المسجد الا لحاجة الانسان أو ماهو في معناها مما تدعو اليه الضرورة لما ثبت من حديث عائشة انها قالت كان رسول الله صلى الله عليه وسلم : اذا اعتكف يدني الى رأسه وهو في المسجد فأرجله وكان لايدخل البيت الا لحاجة الانسان. واختلفوا اذا خرج لغير حاجة متى ينقطع اعتكافه فقال الشافعي ينتقض اعتكافه عند أول خروجه، وبعضهم رخص في الساعة وبعضهم في اليوم واختلفوا هل له ان يدخل بيتا غير بيت مسجده فرخص فيه بعضهم وهم الاكثر مالك والشافعي وأبو حنيفة ورأى بعضهم ان ذلك يبطل اعتكافه، وأجاز مالك له البيع والشراء وان يلي عقد النكاح وخالفه غيره في ذلك ✡ وسبب اختلافهم انه ليس في ذلك حد منصوص عليه الا الاجتهاد وتشبيه مالم يتفقوا عليه بما اتفقوا عليه. واختلفوا أيضا هل للمعتكف أن يشترط فعل شيء مما يمنعه الاعتكاف فينفعه شرطه في الاباحة أم ليس ينفعه ذلك مثل أن يشترط شهود جنازة أو غير ذلك فاكثر الفقهاء على ان شرطه لاينفعه وانه ان فعل بطل اعتكافه .وقال الشافعي ينفعه شرطه ✡ والسبب في اختلافهم تشبيههم الاعتكاف بالحج في ان كليهما عبادة مانعة لكثير من المباحات والاشتراط في الحج انما صار اليه من رآه لحديث ضباعة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لها : أهلي بالحج واشترطي أن تحلي حيث حبستي لكن هذا الاصل مختلف فيه في الحج فالقياس عليه ضعيف عند الخصم المخالف له واختلفوا اذا اشترط التتابع في النذر أو كان التتابع لازما فطلق النذر عند من يرى ذلك ماهي الاشياء التي اذا قطعت الاعتكاف أوجبت الاستئناف أو البناء مثل المرض فان منهم من قال اذا قطع المرض الاعتكاف بنى المعتكف وهو قول مالك وأبي حنيفة والشافعي. ومنهم من قال يستأنف الاعتكاف وهو قول الثوري ولا خلاف فيما أحسب عندهم أن الحائض تبني. واختلفوا هل يخرج من المسجد أم ليس يخرج. وكذلك اختلفوا اذا جن المعتكف أو أغمى عليه هل يبني أو ليس يبني بل يستقبل ✡ والسبب في اختلافهم في هذا الباب انه ليس في هذه الاشياء شيء محدود من قبل السمع فيقع التنازع من قبل تشبيههم ما اتفقوا

عليه بما اختلفوا فيه أعنى بما اتفقوا عليه في هذه العبادة أو في العبادات التي من شرطها التتابع مثل صوم الظهار وغيره والجمهور على ان اعتكاف المتطوع اذا قطع لغير عذر انه يجب فيه القضاء لما ثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم: اراد ان يعتكف العشر الاواخر من رمضان فلم يعتكف فاعتكف عشرا من شوال .

وأما الواجب بالنذر فلا خلاف في قضائه فيما أحسب والجمهور على أن من أتى كبيرة انقطع اعتكافه فهذه جملة مارأينا ان نثبته في أصول هذا الباب وقواعده والله الموفق والمعين وصلى الله على سيدنا محمد وآله وسلم تسليما .

كتاب الزكاة

والكلام المحيط بهذه العبادة بعد معرفة وجوبها ينحصر في خمس جمل ، الجملة الأولى في معرفة من تجب عليه ، الثانية في معرفة ماتجب فيه من الاموال ، الثالثة في في معرفة كم تجب ومن كم تجب ، الرابعة في معرفة متى تجب ومتى لاتجب ، الخامسة معرفة لمن تجب وكم يجب له فاما معرفة وجوبها فعلوم من الكتاب والسنة والاجماع ولاخلاف في ذلك

(الجملة الاولى) وأما على من تجب فانهم اتفقوا انها على كل مسلم حر بالغ عاقل مالك النصاب ملكا تاما . واختلفوا في وجوبها على اليتيم والمجنون والعبيد وأهل الذمة والناقص الملك مثل الذى عليه الدين أوله الدين ومثال المال المحبس الاصل فاما الصغار فان قوما قالوا تجب الزكاة في أموالهم وبه قال على وابن عمر وجابر وعائشة من الصحابة ومالك والشافعى والثورى وأحمد واسحاق وأبو ثور وغيرهم من فقهاء الامصار وقال قوم ليس فى مال اليتيم صدقة أصلا وبه قال النخعى والحسن وسعيد بن جبير من التابعين ، وفرق قوم بين ماتخرج الأرض وبين مالاتخرجه فقالوا عليه الزكاة فيما تخرجه الارض وليس عليه زكاة فيما عدا ذلك من الماشية والناض والعروض وغير ذلك وهوأبو حنيفة وأصحابه؛ وفرق آخرون بين الناض وغيره فقالوا عليه الزكاة الا في الناض * وسبب اختلافهم في ايجاب الزكاة عليه أولا ايجابها هو اختلافهم في مفهوم الزكاة الشرعية هل هي عبادة كالصلاة والصيام أم هي حق واجب للفقراء على الاغنياء فمن قال انها عبادة اشترط فيها البلوغ ومن قال انها حق واجب للفقراء والمساكين في أموال الاغنياء لم يعتبر في ذلك بلوغا من غيره .

وأما من فرق بين ماتخرجه الارض أولا تخرجه وبين الخفي والظاهر فلا أعلم له مستنداً في هذا الوقت.

وأما أهل الذمة فان الاكثر على ان لا زكاة على جميعهم الا ماروت طائفة من تضعيف الزكاة على نصارى بنى تغلب أعني ان يؤخذ منهم مثلا ما يؤخذ من المسلمين في كل شيء وممن قال بهذا القول الشافعي وأبو حنيفة وأحمد والثوري وليس عن مالك في ذلك قول وانما صار هؤلاء لهذا لانه ثبت انه فعل عمر بن الخطاب بهم وكأنهم رأوا أن مثل هذا هو توقيف ولكن الاصول تعارضه ، واما العبيد فان الناس فيهم على ثلاثة مذاهب فقوم قالوا لا زكاة في أموالهم أصلا وهو قول ابن عمر وجابر من الصحابة ومالك وأحمد وأبي عبيد من الفقهاء وقال آخرون بل زكاة مال العبد على سيده وبه قال الشافعي فيما حكاه ابن المنذر والثوري وأبو حنيفة وأصحابه ، وأوجبت طائفة أخرى على العبد في ماله الزكاة وهو مروى عن ابن عمر من الصحابة وبه قال عطاء من التابعين وأبو ثور من الفقهاء وأهل الظاهر او بعضهم وجمهور من قال لا زكاة في مال العبد هم على أن لا زكاة في مال المكاتب حتى يعتق وقال أبو ثور في مال المكاتب الزكاة ✡ وسبب اختلافهم في زكاة مال العبد اختلافهم في هل يملك العبد ملكا تاما أو غير تام فمن رأى انه لا يملك ملكا تاما وان السيد هو المالك اذ كان لا يخلو مال من مالك قال الزكاة على السيد ومن رأى أنه لا واحد منهما يملكه ملكا تاما لا السيد اذ كانت يد العبد هي التي عليه لا يد السيد ولا العبد أيضا لان للسيد انتزاعه منه قال لا زكاة في ماله أصلا ومن رأى ان اليد على المال توجب الزكاة فيه لمكان تصرفها فيه تشبيها بتصرف يد الحر قال الزكاة عليه لاسيما من كان عنده أن الخطاب العام يتناول الاحرار والعبيد وأن الزكاة عبادة تتعلق بالمكلف لتصرف اليد في المال ، واما المالكون الذين عليهم الديون التى تستغرق اموالهم او تستغرق ماتجب فيه الزكاة من أموالهم وبايديهم أموال تجب فيها الزكاة فانهم اختلفوا في ذلك فقال قوم لا زكاة في مال حبا كان او غيره حتى تخرج منه الديون فان بقى ماتجب فيه الزكاة زكى والا فلا وبه قال الثوري وابو ثور وابن المبارك وجماعة، وقال أبو حنيفة وأصحابه الدين لا يمنع زكاة الحبوب ويمنع ما سواها وقال مالك الدين يمنع زكاة الناض فقط الا أن يكون له عروض فيها وفاء من دينه فانه لا يمنع ، وقال قوم بمقابل القول الاول وهو ان الدين لا يمنع زكاة اصلا ✡ والسبب في اختلافهم هل الزكاة عبادة أو حق مرتب في المال للمساكين فمن رأى أنها حق لهم قال لا زكاة في مال من عليه الدين لان حق صاحب الدين متقدم بالزمان على حق المساكين وهو في الحقيقة مال صاحب الدين لا الذى المال بيده ومن قال هي عبادة قال تجب على من بيده مال لان ذلك هو

شرط التكليف وعلامته المقتضية الوجوب على المكلف سواء كان عليه دين أو لم يكن وأيضا فانه قد تعارض هنالك حقان حق لله وحق للآدمى وحق الله أحق أن يقضى والاشبه بغرض الشرع اسقاط الزكاة عن المديان لقوله عليه الصلاة والسلام : فيها صدقة تؤخذ من أغنيائهم وترد على فقرائهم والمدين ليس بغنى . وأما من فرق بين الحبوب وغير الحبوب وبين الناض وغير الناض فلا أعلم له شبهة بينة وقد كان أبوعبيد يقول انه ان كان لايعلم ان عليه دينا الا بقوله لم يصدق وان علم ان عليه دينا لم يؤخذ منه وهذا ليس خلافا لمن يقول باسقاط الدين الزكاة وانما هو خلاف لمن يقول يصدق في الدين كما يصدق فى المال وأما المال الذى هو في الذمة اعنى في ذمة الغير وليس هو بيد المالك وهو الدين فانهم اختلفوا فيه أيضا فقوم قالوا لازكاة فيه وان قبض حتى يستكمل شرط الزكاة عند القابض له وهو الحول وهو أحد قولي الشافعي وبه قال الليث أوهو قياس قوله . وقوم قالوا اذاقبضه زكاه لما مضى من السنين، وقال مالك يزكيه لحول واحد وان أقام عند المديان سنين اذا كان أصله عن عوض وأما اذا كان عن غير عوض مثل الميراث فانه يستقبل به الحول وفي المذهب تفصيل فى ذلك ❊ ومن هذا الباب اختلافهم فى زكاة الثمار المحبسة الاصول وفي زكاة الارض المستأجرة على من تجب زكاة مايخرج منها هل على صاحب الارض أوصاحب الزرع . ومن ذلك اختلافهم في أرض الخراج اذا انتقلت من أهل الخراج الى المسلمين وهم أهل العشر وفي أرض العشر وهي أرض المسلمين اذا انتقلت الى الخراج أعنى اهل الذمة وذلك انه يشبه أن يكون سبب الخلاف في هذا كله أنها أملاك ناقصة .

(اما المسئلة الاولى) وهي زكاة الثمار المحبسة الاصول فان مالكا والشافعى كانا يوجبان فيها الزكاة وكان مكحول وطاوس يقولان لازكاة فيها وفرق قوم بين ان تكون محبسة على المساكين وبين ان تكون على قوم باعيانهم فأوجبوا فيها الصدقة اذا كانت على قوم باعيانهم ولم يوجبوا فيها الصدقة اذا كانت على المساكين ولا معنى لمن اوجبها على المساكين لانه يجتمع فى ذلك شيئان اثنان احدهما انها ملك ناقص والثانية انها على قوم غير معينين من الصنف الذين تصرف اليهم الصدقة لامن الذين تجب عليهم .

(واما المسئلة الثانية) وهي الارض المستأجرة على من تجب زكاة ماتخرجه فان قوما قالوا الزكاة على صاحب الزرع وبه قال مالك والشافعي والثورى وابن المبارك وابوثور وجماعة وقال ابوحنيفة واصحابه الزكاة على رب الارض وليس على المستأجر منه شيء ❊ والسبب في اختلافهم هل العشر حق الارض أوحق الزرع اوحق مجموعهما الا انه لم يقل احد انه حق

لمجموعهما وهو في الحقيقة حق بمجموعهما فلما كان عندهم انه حق لاحد الامرين اختلفوا في أيهما أولى أن ينسب الى الموضع الذى فيه الانفاق وهو كون الزرع والارض لمالك واحد. فذهب الجمهور الى أنه الشيء الذى تجب فيه الزكاة وهو الحب، وذهب أبو حنيفة الى انه للشيء الذى هو أصل الوجوب وهو الارض. وأما اختلافهم في أرض الخراج اذا انتقلت الى المسلمين هل فيها عشر مع الخراج أم ليس فيها عشر فان الجمهور على ان فيها العشر أعنى الزكاة، وقال أبو حنيفة وأصحابه ليس فيها عشر ✡ وسبب اختلافهم كما قلنا هل الزكاة حق الارض أو حق الحب فان قلنا انه حق الارض لم يجتمع فيها حقان وهما العشر والخراج وان قلنا الزكاة حق الحب كان الخراج حق الارض والزكاة حق الحب وانما يجيء هذا الخلاف فيها لانها ملك ناقص كما قلنا ولذلك اختلف العلماء في جواز بيع أرض الخراج. وأما اذا انتقلت ارض العشر الى الذمى يزرعها فان الجمهور على انه ليس فيها شيء وقال النعمان اذا اشترى الذمى ارض عشر تحولت ارض خراج فكانه راى ان العشر هو حق ارض المسلمين والخراج هو حق ارض الذميين لكن كان يجب على هذا الاصل اذا انتقلت ارض الخراج الى المسلمين ان تعود ارض عشر كما ان عنده اذا انتقلت أرض العشر الى الذمى عادت أرض خراج ويتعلق بالمالك مسائل أليق المواضع بذكرها هو هذا الباب، أحدها اذا أخرج المرء الزكاة فضاعت، والثانية اذا أمكن اخراجها فهلك بعض المال قبل الاخراج. والثالثه اذا مات وعليه زكاة. والرابعة اذا باع الزرع أو الثمر وقد وجبت فيه الزكاة على من الزكاة وكذلك اذا وهبه.

(فاما المسئلة الاولى) وهي اذا أخرج الزكاة فضاعت فان قوما قالوا تجزى عنه، وقوم قالوا هو لها ضامن حتى يضعها موضعها، وقوم فرقوا بين ان يخرجها بعد ان أمكنه اخراجها وبين أن يخرجها أول زمان الوجوب والامكان فقال بعضهم ان أخرجها بعد أيام من الامكان والوجوب ضمن وإن أخرجها في أول الوجوب ولم يقع منه تفريط لم يضمن وهو مشهور مذهب مالك. وقوم قالوا ان فرط ضمن وان لم يفرط زكى مابقى وبه قال أبو ثور والشافعي. وقال قوم بل يعد الذاهب من الجميع ويبقى المساكين ورب المال شريكين فى الباقى بقدر حظهما من حظ رب المال مثل الشركين يذهب بعض المال المشترك بينهما ويبقيان شريكين على تلك النسبة في الباقى فيتحصل في المسئلة خمسة أقوال. قول أنه لا يضمن باطلاق. وقول انه يضمن باطلاق وقول ان فرط ضمن وان يفرط لم يضمن. وقول ان فرط ضمن وان لم يفرط زكى مابقى. والقول الخامس يكونان شريكين في الباقى.

(واما المسئلة الثانية) اذا ذهب بعض المال بعد الوجوب وقبل تمكن اخراج الزكاة فقوم قالوا يزكي ما بقي، وقوم قالوا حال المساكين وحال رب المال حال الشريكين يضيع بعض مالهما * والسبب في اختلافهم تشبيه الزكاة بالديون أعني أن يتعلق الحق فيها بالذمة لا بعين المال أو تشبيهها بالحقوق التي تتعلق بعين المال لا بذمة الذي يده على المال كالامناء وغيرهم فمن شبه مالكي الزكاة بالامناء قال اذا أخرج فهلك المخرج فلا شيء عليه ومن شبههم بالغرماء قال يضمنون ومن فرق بين التفريط واللا تفريط ألحقهم بالامناء من جميع الوجوه اذ كان الامين يضمن اذا فرط، وأما من قال اذا لم يفرط زكى ما بقي فانه شبه من هلك بعض ماله بعد الاخراج بمن ذهب بعض ماله قبل وجوب الزكاة فيه كما أنه اذا وجبت الزكاة عليه فانما يزكي الموجود فقط كذلك هذا انما يزكي الموجود من ماله فقط * وسبب الاختلاف هو تردد شبه المالك بين الغريم والامين والشريك ومن هلك بعض ماله قبل الوجوب. وأما اذا وجبت الزكاة وتمكن من الاخراج فلم يخرج حتى ذهب بعض المال فانهم متفقون فيما أحسب انه ضامن الا في الماشية عند من رأى أن وجوبها انما يتم بشرط خروج الساعي مع الحول وهو مذهب مالك .

(وأما المسئلة الثالثة) وهي اذا مات بعد وجوب الزكاة عليه فان قوما قالوا يخرج من رأس ماله وبه قال الشافعي وأحمد واسحاق وأبو ثور، وقوم قالوا ان أوصى بها أخرجت عنه من الثلث والا فلا شيء عليه ومن هؤلاء من قال يبدأ بها ان ضاق الثلث، ومنهم من قال لا يبدأ بها وعن مالك القولان جميعا ولكن المشهور انها بمنزلة الوصية. وأما اختلافهم في المال يباع بعد وجوب الصدقة فيه فان قوما قالوا يأخذ المصدق الزكاة من المال نفسه ويرجع المشترى بقيمته على البائع وبه قال أبو ثور وقاله قوم البيع مفسوخ وبه قال الشافعي، وقال أبو حنيفة المشترى بالخيار بين انفاذ البيع ورده والعشر مأخوذ من الثمرة أو من الحب الذى وجبت فيه الزكاة، وقال مالك الزكاة على البائع * وسبب اختلافهم تشبيه بيع مال الزكاة بتفويته واتلاف عينه فمن شبهه بذلك قال الزكاة مترتبة في ذمة المتلف والمفوت ومن قال البيع ليس باتلاف لعين المال ولا تفويت له وانما هو بمنزلة من باع ما ليس له قال الزكاة في عين المال ثم هل البيع مفسوخ أو غير مفسوخ نظر آخر يذكر في باب البيوع ان شاء الله تعالى * ومن هذا النوع اختلافهم فى زكاة المال الموهوب وفي بعض هذه المسائل التى ذكرنا تفصيل في المذهب لم نر أن نتعرض له اذ كان ذلك غير موافق لغرضنا مع انه يعسر فيها اعطاء أسباب تلك الفروق لانها أكثرها استحسانية مثل تفصيلهم الديون التى تزكى من التى لا تزكى

والديون المسقطة للزكاة من التي لا تسقطها فهذا ما رأينا أن نذكره في هذه الجملة وهي معرفة من تجب عليه الزكاة وشروط الملك التي تجب به وأحكام من تجب عليه وقد بقي من أحكامه حكم مشهور وهو ماذا حكم من منع الزكاة ولم يجحد وجوبها فذهب أبو بكر رضى الله عنه الى أن حكمه حكم المرتد وبذلك حكم في مانع الزكاة من العرب وذلك انه قاتلهم وسبى ذريتهم وخالفه في ذلك عمر رضى الله عنه وأطلق من كان استرق منهم وبقول عمر قال الجمهور وذهبت طائفة الى تكفير من منع فريضة من الفرائض وان لم يجحد وجوبها * وسبب اختلافهم هل اسم الايمان الذى هو ضد الكفر ينطلق على الاعتقاد دون العمل فقط أو من شرطه وجود العمل معه فمنهم من رأى أن من شرطه وجود العمل معه ومنهم من لم يشترط ذلك حتى لو لم يلفظ بالشهادة اذا صدق بها فحكمه حكم المؤمن عند الله والجمهور وهم أهل السنة على انه ليس يشترط فيه أعنى في اعتقاد الايمان الذى ضده الكفر من الاعمال الا التلفظ بالشهادة فقط لقوله صلى الله عليه وسلم: أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله الا الله ويؤمنوا بي فاشترط مع العلم القول وهو عمل من الاعمال فمن شبه سائر الافعال الواجبة بالقول قال جميع الاعمال المفروضة شرط في العلم الذى هو الايمان ومن شبه القول بسائر الاعمال التي اتفق الجمهور على أنها ليست شرطا في العلم الذى هو الايمان قال التصديق فقط هو شرط الايمان وبه يكون حكمه عند الله تعالى حكم المؤمن والقولان شاذان واستثناء التلفظ بالشهادتين من سائر الاعمال هو الذى عليه الجمهور .

(الجملة الثانية) وأما ما تجب فيه الزكاة من الاموال فانهم اتفقوا منها على أشياء واختلفوا في أشياء. أما ما اتفقوا عليه فصنفان من المعدن الذهب والفضة اللتين ليستا بحلي وثلاثة أصناف من الحيوان الابل والبقر والغنم وصنفان من الحبوب الحنطة والشعير وصنفان من الثمر التمر والزبيب وفي الزيت خلاف شاذ . واختلفوا اما من الذهب ففي الحلي فقط وذلك أنه ذهب فقهاء الحجاز مالك والليث والشافعي الا انه لا زكاة فيه اذا أريد للزينة واللباس، وقال ابو حنيفة وأصحابه فيه الزكاة * والسبب في اختلافهم تردد شبهه بين العروض وبين التبر والفضة اللتين المقصود منهما المعاملة في جميع الاشياء فمن شبهه بالعروض التي المقصود منها المنافع أولا قال ليس فيه زكاة ومن شبهه بالتبر والفضة التي المقصود منها المعاملة بها أولا قال فيه الزكاة ولاختلافهم أيضا سبب آخر وهو اختلاف الآثار في ذلك وذلك في انه روى جابر عن النبي عليه الصلاة والسلام انه قال : ليس في الحلي زكاة وروى عمر بن شعيب عن أبيه عن

جده ان امرأة أتت رسول الله صلى الله عليه وسلم ومعها ابنة لها وفى يد ابنتها مسك من ذهب فقال لها أتودين زكاة هذا قالت لا قال أيسرك أن يسورك الله بهما يوم القيامة سوارين من نار فخلعتهما وألقتهما الى النبي صلى الله عليه وسلم وقالت هما لله ولرسوله والاثران ضعيفان وبخاصة حديث جابر ولكون السبب الاملك لاختلافهم تردد الحلى المتخذ للباس بين التبر والفضة اللذين المقصود منها أولا المعاملة لا الانتفاع وبين العروض التى المقصود منها بالوضع الاول خلاف المقصود من التبر والفضة أعنى الانتفاع بها لا المعاملة وأعنى بالمعاملة كونها ثمنا . واختلف قول مالك في الحلى المتخذ للكراء فمرة شبهه بالحلى المتخذ للباس ومرة شبهه بالتبر المتخذ للمعاملة ✲ وأما ما اختلفوا فيه من الحيوان فمنه ما اختلفوا في نوعه ومنه ما اختلفوا في صنفه اما ما اختلفوا في نوعه فالخيل وذلك ان الجمهور على ان لا زكاة في الخيل فذهب أبو حنيفة الى انها اذا كانت سائمة وقصد بها النسل ان فيها الزكاة أعنى اذا كانت ذكرانا واناثا ✲ والسبب في اختلافهم معارضة القياس للفظ وما يظن من معارضة اللفظ للفظ فيها أما اللفظ الذى يقتضى الا زكاة فيها فقوله عليه الصلاة والسلام : ليس على المسلم في عبده ولا فرسه صدقة. وأما القياس الذى عارض هذا العموم فهو أن الخيل السائمة حيوان مقصود به النماء والنسل فاشبه الابل والبقر. وأما اللفظ الذى يظن انه معارض لذلك العموم فهو قوله عليه الصلاة والسلام وقد ذكر الخيل : ولم ينس حق الله في رقابها ولا ظهورها فذهب أبو حنيفة الى أن حق الله هو الزكاة وذلك في السائمة منها (قال القاضى) وأن يكون هذا اللفظ مجملا أحرى منه ان يكون عاما فيحتج به في الزكاة وخالف أبا حنيفة في هذه المسئلة صاحباه أبو يوسف ومحمد وصح عن عمر رضى الله عنه انه كان يأخذ منها الصدقة فقيل انه كان باختيار منهم ✲ وأما ما اختلفوا في صنفه فهى السائمة من الابل والبقر والغنم من غير السائمة منها فان قوما أوجبوا الزكاة في هذه الاصناف الثلاثة سائمة كانت أو غير سائمة وبه قال الليث ومالك. وقال سائر فقهاء الامصار لا زكاة في غير السائمة من هذه الثلاثة الانواع ✲ وسبب اختلافهم معارضة المطلق للمقيد ومعارضة القياس لعموم اللفظ اما المطلق فقوله عليه الصلاة والسلام في أربعين شاة شاة وأما المقيد فقوله عليه الصلاة والسلام : في سائمة الغنم الزكاة فمن غلب المطلق على المقيد قال الزكاة في السائمة وغير السائمة ومن غلب المقيد قال الزكاة في السائمة منها فقط ويشبه أن يقال ان من سبب الخلاف في ذلك أيضا معارضة دليل الخطاب للعموم وذلك ان دليل الخطاب في قوله عليه الصلاة والسلام : فى سائمة الغنم الزكاة يقتضى أن لا زكاة في غير السائمة وعموم قوله عليه الصلاة والسلام : فى أربعين شاة شاة يقتضى ان السائمة في هذا بمنزلة غير السائمة

لكن العموم أقوى من دليل الخطاب كما ان تغليب المقيد على المطلق أشهر من تغليب المطلق على المقيد.وذهب أبو محمد بن حزم الى أن المطلق يقضى على المقيـد وان فى الغنم سائمة وغير سائمة الزكاة وكذلك في الابل لقوله عليه الصلاة والسلام : ليس فيما دون خمس ذود من الابل صدقة وان البقر لما لم يثبت فيها أثر وجب أن يتمسك فيها بالاجماع وهو ان الزكاة في السائمة منها فقط فتكون التفرقة بين البقر وغيرها قول ثالث.وأما القياس المعارض لعموم قوله عليه الصلاة والسلام : فيها في أربعين شاة شاة فهو ان السائمة هي التي المقصود منها النماء والربح وهو الموجود فيها أكثر ذلك والزكاة انما هي فضلات الاموال والفضلات انما توجد أكثر ذلك في الأموال السائمة ولذلك اشترط فيها الحول فمن خصص بهذا القياس ذلك العموم لم يوجب الزكاة في غير السائمة ومن لم يخصص ذلك ورأى ان العموم أقوى أوجب ذلك في الصنفين جميعاً فهذا هو ما اختلفوا فيه من الحيوان التي تجب فيه الزكاة.وأجمعوا على انه ليس فيما يخرج من الحيوان زكاة الا العسل فانهم اختلفوا فيه فالجمهور على أنه لا زكاة فيه وقال قوم فيه الزكاة * وسبب اختلافهم اختلافهم في تصحيح الاثر الوارد في ذلك وهو قوله عليه الصلاة والسلام : في كل عشرة أزق زق خرجه الترمذى وغيره . وأما ما اختلفوا فيه من النبات بعد اتفاقهم على الاصناف الاربعة التى ذكرناها فهو جنس النبات الذى تجب فيه الزكاة فنهم من لم ير الزكاة الا فى تلك الاربع فقط وبه قال ابن أبي ليلى وسفيان الثورى وابن المبارك ومنهم من قال الزكاة في جميع المدخر المقتات من النبات وهو قول مالك والشافعى ومنهم قال الزكاة في كل ما تخرجه الارض ماعدا الحشيش والحطب والقصب وهو أبو حنيفة * وسبب الخلاف أما بين من قصر الزكاة على الاصناف المجمع عليها وبين من عداها الى المدخر المقتات فهو اختلافهم في تعلق الزكاة بهذه الاصناف الاربعة هل هو لعينها أو لعلة فيها وهى الاقتيات فمن قال لعينها قصر الوجوب عليها ومن قال لعلة الاقتيات عدى الوجوب لجميع المقتات * وسبب الخلاف بين من قصر الوجوب على المقتات وبين من عداه الى جميع ما تخرجه الارض الا ما وقع عليه الاجماع من الحشيش والحطب والقصب هو معارضة القياس لعموم اللفظ أما اللفظ الذى يقتضى العموم فهو قوله عليه الصلاة والسلام : فيما سقت السماء العشر وفيما سقى بالنضح نصف العشر وما بمعنى الذى والذى من ألفاظ العموم وقوله تعـالى (وهو الذى أنشأ جنـات معروشات) الآية الى قوله (وآتوا حقه يوم حصاده) وأما القياس فهو ان الزكاة انمـا المقصود منها سد الخلة وذلك لايكون غالبا الا فيما هو قوت فمن خصص العموم بهـذا القياس اسقط الزكاة مما عدا المقتات ومن غلب العموم أوجبها فيما عدا ذلك الا ما أخرجه

الاجماع والذين اتفقوا على المقتات اختلفوا في أشياء من قبل اختلافهم فيها هل هي مقتاتة أم ليست بمقتاتة وهل يقاس على ما اتفق عليه أوليس يقاس مثل اختلاف مالك والشافعي في الزيتون فان مالـكا ذهب الى وجوب الزكاة فيه ، ومنع ذلك الشافعي في قوله الأخير بمصر * وسبب اختلافهم هـل هو قوت أم ليس بقوت ومن هذا الباب اختلاف أصحاب مالك في ايجاب الزكاة في التين أولا ايجابها وذهب بعضهم الى أن الزكاة تجب في الثمـار دون الخضر وهو قول ابن حبيب لقوله سبحانه (وهو الذى أنشأ جنات معروشات وغير معروشات) الآية ومن فرق في الآية بين الثمار والزيتون فلا وجه لقوله الا وجه ضعيف واتفقوا على أن لا زكاة في العروض التي لم يقصد بها التجارة. واختلفوا في ايجاب الزكاة فيما اتخذ منها للتجارة فذهب فقهاء الامصار الى وجوب ذلك ومنع ذلك أهل الظاهر * والسبب في اختلافهم اختلافهم في وجوب الزكاة بالقياس واختلافهم في تصحيح حديث سمرة بن جندب انه قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم : يأمرنا أن نخرج الزكاة مما نعده للبيع وفيما روى عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال أد زكاة البر. وأما القياس الذى اعتمده الجمهور فهو أن العروض المتخذة للتجارة مال مقصود به التنمية فاشبه الاجناس الثـلاثة التى فيها الزكاة باتفاق أعنى الحـرث والماشية والذهب والفضة وزعم الطحاوى ان زكاة العروض ثابتة عن عمر وابن عمر ولا مخالف لهم من الصحابة وبعضهم يرى أن مثل هذا هو اجماع من الصحابة أعنى اذا نقل عن واحد منهم قول ولم ينقل عن غيره خلافه وفيه ضعف:

(الجملة الثالثة) وأما معرفة النصاب في واحد واحد من هـذه الاموال المزكاة وهو المقدار الذى فيه تجب الزكاة فيما له منها نصاب ومعرفة الواجب من ذلك أعنى في عينه وقدره فانا نذكر من ذلك ما اتفقوا عليه . واختلفوا فيه في جنس جنس من هذه الاجناس المتفق عليها ، والمختلف فيها عند الذين اتفقوا عليه ولنجعل الـكلام في ذلك في فصول ؛ الفصل الاول في الذهب والفضة ؛ الثانى في الابل ، الثالث في الغنم الرابع في البقر . الخامس في النبات السادس في العروض .

الفصل الأول

أما المقدار الذى تجب فيه الزكاة من الفضة فانهم اتفقوا على انه خمس أواق لقوله عليه الصلاة والسلام الثابت: ليس فيما دون خمس أواق من الورق صدقة ماعدا المعدن من الفضة فانهم اختلفوا في اشتراط النصاب منه وفي المقدار الواجب فيه والاوقية عندهم أربعون درهما كيلا وأما القدر الواجب فيه فانهم اتفقوا على ان الواجب في ذلك هو

ربع العشر أعنى في الفضة والذهب معاً مالم يكونا خرجا من معدن. واختلفوا من هذا الباب في مواضع خمسة أحدها في نصاب الذهب ، والثانى هل فيهما أوقاص أم لا أعنى هل فوق النصاب قدر لا تزيد الزكاة بزيادته ؛ والثالث هل يضم بعضها الى بعض في الزكاة فيعدان كصنف واحد أعنى عند اقامة النصاب أم هما صنفان مختلفان؛ والرابع هل من شرط النصاب أن يكون المالك واحداً لا اثنين. الخامس في اعتبار نصاب المعدن وحوله وقدر الواجب فيه .

(أما المسئلة الاولى) وهى اختلافهم فى نصاب الذهب فان اكثر العلماء على أن الزكاة تجب في عشرين ديناراً وزنا كما تجب في مائتى درهم هذا مذهب مالك والشافعى وأبى حنيفة وأصحابهم وأحمد وجماعة وفقهاء الامصار . وقالت طائفة منهم الحسن بن أبى الحسن البصرى وا كثر أصحاب داود بن على ليس في الذهب شىء حتى يبلغ أربعين ديناراً ففيها ربع عشرها دينار واحد؛ وقالت طائفة ثالثـة ليس في الذهب زكاة حتى يبلغ صرفها مائتى درهم أو قيمتها فاذا بلغت ففيها ربع عشرها كان وزن ذلك من الذهب عشرين ديناراً أو أقل أو اكثر هذا فيما كان منها دون الاربعين ديناراً فاذا بلغت أربعين ديناراً كان الاعتبار بهـا نفسها لا بالدراهم لا صرفا ولا قيمة* وسبب اختلافهم في نصاب الذهب أنه لم يثبت في ذلك شيء عن النبى صلى الله عليه وسلم كما ثبت ذلك في نصاب الفضة وما روى الحسن بن عمارة من حديث على أنه عليه الصلاة والسلام قال : هاتوا زكاة الذهب من كل عشرين دينارا نصف دينار فليس عند الاكثر مما يجب العمل به لانفراد الحسن بن عمارة به فمن لم يصح عنده هذا الحديث اعتمد فى ذلك على الاجماع وهو اتفاقهم على وجوبها في الاربعين .

وأما مالك فاعتمد في ذلك على العمل ولذلك قال فى الموطأ السنة التى لا اختلاف فيهـا عندنا أن الزكاة تجب فى عشرين دينارا كما تجب في مائتى درهم .

وأما الذين جعلوا الزكاة فيما دون الاربعين تبعا للدراهم فانه لما كانا عندهم من جنس واحد جعلوا الفضة هى الاصل اذ كان النص قد ثبت فيها وجعلوا الذهب تابعا لها في القيمة لا في الوزن وذلك فيما دون موضع الاجماع ولمـا قيل أيضا ان الرقـة اسم يتناول الذهب والفضة وجاء فى بعض الآثار ليس فيما دون خمس أواق من الرقة صدقة .

(المسئلة الثانية) وأما اختلافهم فيما زاد على النصاب فيها فان الجمهور قالوا ان مازاد على مائتى درهم من الوزن ففيه بحساب ذلك أعنى ربع العشر وممن قال بهذا القول مالك والشافعى وأبو يوسف ومحمد صاحبا أبى حنيفة وأحمد بن حنبل وجماعة، وقالت طائفة من أهل العلم أ كثرهم أهل العراق لا شىء فيما زاد على المائتى درهم حتى تبلغ الزيادة

أربعين درهما فاذا بلغتها كان فيها ربع عشرها وذلك درهم وبهذا القول قال أبو حنيفة وزفر وطائفة من أصحابهما ☆ وسبب اختلافهم اختلافهم في تصحيح حديث الحسن بن عمارة ومعارضة دليل الخطاب له وترددهما بين أصلين في هذا الباب مختلفين في هذا الحكم وهي الماشية والحبوب اما حديث الحسن بن عمارة فانه رواه عن أبي اسحاق عن عاصم بن ضمرة عن علي عن النبي صلى الله عليه وسلم قال : قد عفوت عن صدقة الخيل والرقيق فهاتوا من الرقة ربع العشر من كل مائتى درهم خمسة دراهم ومن كل عشرين دينارا نصف دينار وليس في مائتى درهم شيء حتى يحول عليها الحول ففيها خمسة دراهم فما زاد ففي كل أربعين درهما درهم وفي كل أربعة دنانير تزيد على العشرين دينارا درهم حتى تبلغ أربعين دينارا ففي كل أربعين دينار وفي كل أربعة وعشرين نصف دينار ودرهم .

وأما دليل الخطاب المعارض له فقوله عليه الصلاة والسلام : ليس فيما دون خمس أواق من الورق صدقة ومفهومه ان فيما زاد على ذلك الصدقة قل أو كثر.

وأما ترددها بين الاصلين اللذين هما الماشية والحبوب فان النص على الأوقاص ورد في الماشية.وأجمعوا على أن لاأوقاص في الحبوب فمن شبه الفضة والذهب بالماشية قال فيهما الاوقاص ومن شبههما بالحبوب قال لاوقص .

(وأما المسئلة الثالثة) وهى ضم الذهب الى الفضة فى الزكاة فان عند مالك وأبي حنيفة وجماعة انها تضم الدراهم الى الدنانير فاذا كمل من مجموعهما نصاب وجبت فيه الزكاة ؛ وقال الشافعي وأبو ثور وداود لايضم ذهب الى فضة ولا فضة الى ذهب ☆ وسبب اختلافهم هل كل واحد منهما يجب فيه الزكاة لعينه أم لسبب يعمهما وهو كونهما كما يقول الفقهاء رؤوس الاموال وقيم المتلفات فمن رأى ان المعتبر في كل واحد منهما هو عينه ولذلك اختلف النصاب فيهما قال هما جنسان لايضم أحدهما الى الثاني كالحال في البقر والغنم ومن رأى ان المعتبر فيهما هو ذلك الامر الجامع الذى قلناه أوجب ضم بعضهما الى بعض ويشبه أن يكون الاظهر اختلاف الاحكام حيث تختلف الاسماء وتختلف الموجودات أنفسها وان كان قد يوهم اتحادهما اتفاق المنافع وهو الذى اعتمد مالك رحمه الله في هذا الباب وفي باب الربا؛ والذين جازوا أضمهما اختلفوا في صفة الضم فرأى مالك ضمهما بصرف محدود وذلك ان ينزل الدينار بعشرة دراهم على ما كانت عليه قديما فمن كانت عنده عشرة دنانير ومائة درهم وجبت عليه فيهما الزكاة عنده وجاز أن يخرج من الواحد عن الآخر وقال من هؤلاء آخرون تضم بالقيمة في وقت الزكاة فمن كانت عنده مثلا

مائة درهم وتسعة مثاقيل قيمتها مائةدرهم وجبت عليه فيهما الزكاة أو من كانت عنده مائة درهم تساوى أحد عشر مثقالا وتسعة مثاقيل وجبت عليه ايضا فيهما الزكاة وممن قال بهذا القول أبو حنيفة وبمثل هذا القول قال الثورى الا انه يراعى الاحوط للمساكين في الضم أعني القيمة أو الصرف المحدود، ومنهم من قال يضم الاقل منها الى الاكثر ولا يضم الاكثر الى الاقل وقال آخرون تضم الدنانير بقيمتها أبداً كانت الدنير أقل من الدراهم أو أكثر ولا تضم الدراهم الى الدنانير لان الدراهم أصل والدنانير فرع اذ كان لم يثبت في الدنانير حديث ولا اجماع حتى تبلغ أربعين، وقال بعضهم اذا كان عنده نصاب من أحدهما ضم اليه قليل الآخر وكثيره ولم ير الضم في تكميل النصاب اذا لم يكن في واحد منهما نصاب بل في مجموعهما ☆ وسبب هذا الارتباك مارامو من أن يجعلوا من شيئين نصابهما مختلف في الوزن نصابا واحدا وهذا كله لامعنى له ولعل من رأى ضم احدهما الى الآخر فقد أحدث حكما فى الشرع حيث لا حكم لانه قد قال بنصاب ليس هو بنصاب ذهب ولا فضة ويستحيل في عادة التكليف والامر بالبيان أن يكون في أمثال هذه الاشياء المحتملة حكم مخصوص فيسكت عنه الشارع حتى يكون سكوته سببا لأن يعرض فيه من الاختلاف ما مقداره هذا المقدار والشارع انما بعث صلى الله عليه وسلم لرفع الاختلاف .

(وأما المسئلة الرابعة) فان عند مالك وأبى حنيفة ان الشريكين ليس يجب على أحدهما زكاة حتى يكون لكل واحد منهما نصاب، وعند الشافعي ان المال المشترك حكمه حكم مال رجل واحد ☆ وسبب اختلافهم الاجمال الذى فى قوله عليه الصلاة والسلام: ليس فيما دون خمس أواق من الورق صدقة فان هذا القدر يمكن أن يفهم منه انه انما يخصه هذا الحكم اذا كان المالك واحد فقط و يمكن أن يفهم منه أنه يخصه هذا الحكم كان لمالك واحد أو اكثر من مالك واحد الا أنه لما كان مفهوم اشتراط النصاب انما هو الرفق فواجب أن يكون النصاب من شرطه أن يكون لمالك واحد وهو الاظهر والله أعلم والشافعى كانه شبه الشركة بالخلطة ولكن تأثير الخلطة فى الزكاة غير متفق عليه على ماسيأتى بعد .

(وأما المسئلة الخامسة) وهي اختلافهم فى اعتبار النصاب في المعدن وقدر الواجب فيه فان مالكا والشافعى راعيا النصاب في المعدن وانما الخلاف بينهما ان مالكا لم يشترط الحول واشترطه الشافعى على ما سنقول بعد في الجملة الرابعة وكذلك لم يختلف قولهما ان الواجب فيما يخرج منه هو ربع العشر . وأما أبو حنيفة فلم ير فيه نصابا ولا حولا وقال الواجب هو الخمس ☆ وسبب الخلاف في ذلك هل اسم

الركاز يتناول المعدن أم لايتناوله لانه قال عليه الصلاة والسلام : وفى الركاز الخمس وروى أشهب عن مالك أن المعدن الذى يوجد بغير عمل انه ركاز وفيــه الخمس * فسبب اختلافهم في هذا هو اختلافهم في دلالة اللفظ وهو أحد أسباب الاختلافات العامة التى ذكرناها *

﴿ الفصل الثانى في نصاب الابل والواجب فيه ﴾

وأجمع المسلمون على ان في كل خمس من الابل شاة الى أربع وعشرين فاذا كانت خمسا وعشرين ففيها ابنة مخاض الى خمس وثلاثين فان لم تكن ابنة مخاض فابن لبون ذكر فاذا كانت ستا وثلاثين ففيها بنت لبون الى خمس وأربعين فاذا كانت ستا وأربعين ففيها حقة الى ستين فاذا كانت واحدا وستين ففيها جذعة الى خمس وسبعين فاذا كانت ستا وسبعين ففيها ابنتا لبون الى تسعين فاذا كانت واحدا وتسعين ففيها حقتان الى عشرين ومائة لثبوت هذا كله في كتاب الصدقة الذى أمر به رسول الله صلى الله عليه وسلم وعمل به بعده أبو بكر وعمر . واختلفوا منها في مواضع منها فيما زاد على العشرين والمائة ومنهــا اذا عدم السن الواجبة عليه وعنــده السن الذى فوقه أو الذى تحته ماحكمه ومنها هل تجب الزكاة في صغار الابل وان وجبت فما الواجب .

(فاما المسئلة الاولى) وهي اختلافهم فيما زاد على المــائة وعشرين فان مالكا قال اذا زادت على عشرين ومائة واحدة فالمصدق بالخيار ان شاء أخذ ثلاث بنات لبون وان شاء أخذ حقتين الى أن تبلغ ثلاثين ومائة فيكون فيها حقة وابنتا لبون وقال ابن القاسم من أصحابه بل يأخذ ثلاث بنات لبون من غير خيار الى أن تبلغ ثمانين ومائة فتكون فيها حقة وابنتا لبون وبهذا القول قال الشافعى، وقال عبد الملك بن الماجشون من أصحاب مالك بل يأخذ الساعي حقتين فقط من غير خيار الى أن تبلغ مائة وثلاثين وقال الــكوفيون وأبو حنيفة وأصحابه والثورى اذا زادت على عشرين ومائة عادت الفريضــة على أولهــا ومعنى عودها أن يكون عنــدهم في كل خمس ذود شاة فاذا كانت الابل مائة وخمسة وعشرين كان فيها حقتان وشاة الحقتان للمــائة والعشرين والشاة في خمس فاذا بلغت ثلاثين ومائة ففيها حقتان وشاتان فاذا كانت خمساً وثلاثين ففيها حقتان وثلاث شــياه الى أربعــين ومائة ففيها حقتان واربع شياه الى خمس وأربعين ومائة فاذا بلغتها ففيها حقتان وابنة مخاض الحقتان للمائة والعشرين وابنة المخاض للخمس وعشرين كما كانت في الفرض الاول الى خمســين ومائة فاذا بلغتها ففيها ثلاث حقاق فاذا زادت على الخمسين ومائة استقبل بها الفريضة

الأولى الى ان تبلغ مائتين فيكون فيها أربع حقاق ثم يستقبل بها الفريضة . وأما ماعدى الكوفيين من الفقهاء فانهم اتفقوا على ان مازاد على المائة والثلاثين ففى كل أربعين بنت لبون وفى كل خمسين حقة * وسبب اختلافهم فى عودة الفرض أولا عودته اختلاف الآثار فى هذا الباب وذلك انه ثبت في كتاب الصدقة أنه قال عليه الصلاة والسلام: فما زاد على العشرين ومائة ففى كل أربعين بنت لبون وفى كل خمسين حقه وروى من طريق أبى بكر بن عمرو بن حزم عن أبيه عن جده عن النبى عليه الصلاة والسلام : انه كتب كتاب الصدقة وفيه اذا زادت الابل على مائة وعشرين استونفت الفريضة . فذهب الجمهور الى ترجيح الحديث الأول اذ هو أثبت وذهب الكوفيون الى ترجيح حديث عمرو بن حزم لانه ثبت عندهم هذا من قول على وابن مسعود قالوا ولا يصح أن يكون مثل هذا الا توقيفا اذ كان مثل هذا لايقال بالقياس * وأما سبب اختلاف مالك وأصحابه والشافعي فيما زاد على المائة وعشرين الى الثلاثين فلانه لم يستقم لهم حساب الاربعينيات ولا الخمسينيات فمن رأى أن ما بين المائة وعشرين الى أن يستقيم الحساب وقص قال ليس فيما زاد على ظاهر الحديث الثابت شيء ظاهر حتى يبلغ مائة وثلاثين وهو ظاهر الحديث ، وأما الشافعى وابن القاسم فانهما ذهبا الى أن فيها ثلاث بنات لبون لانه قد روى عن ابن شهاب في كتاب الصدقة أنها اذا بلغت احدى وعشرين ومائة ففيها ثلاث بنات لبون فاذا بلغت ثلاثين ومائة ففيها بنتا لبون وحقة * فسبب اختلاف ابن الماجشون وابن القاسم هو معارضة ظاهر الاثر الثابت للتفسير الذى فى هذا الحديث فابن الماجشون رجح ظاهر الاثر للاتفاق على ثبوته وابن القاسم والشافعى حملا المجمل على المفصل المفسر وأما تخيير مالك الساعى فكأنه جمع بين الاثرين والله أعلم .

(وأما المسئلة الثانية) وهو اذا عدم السن الواجب من الابل الواجبة وعنده السن الذى فوق هذا السن أو تحته فان مالكا قال يكلف شراء ذلك السن ، وقال قوم بل يعطى السن الذى عنده وزيادة عشرين درهما ان كان السن الذى عنده أحط أو شاتين وان كان أعلى دفع اليه المصدق عشرين درهما أو شاتين وهذا ثابت في كتاب الصدقة فلا معنى للمنازعة فيه ولعل مالكا لم يبلغه هذا الحديث وبهذا الحديث قال الشافعى وأبو ثور ، وقال أبو حنيفة الواجب عليه القيمة على أصله في اخراج القيم في الزكاة ، وقال قوم بل يعطى السن الذى عنده وما بينهما من القيمة .

(وأما المسألة الثالثة) وهي هل تجب في صغار الابل وان وجبت فاذا يكلف فان قوما قالوا تجب فيها الزكاة وقوم قالوا لاتجب * وسبب اختلافهم هل

يتناول اسم الجنس الصغار أولا يتناوله والذين قالوا لا تجب فيها زكاة هو أبو حنيفة وجماعة من أهل الكوفة وقد احتجوا بحديث سويد بن غفلة انه قال أتانا مصدق النبي عليه الصلاة والسلام فاتيته فجلست اليه فسمعته يقول أن في عهدي أن لا آخذ من راضع لبن ولا أجمع بين مفترق ولا تفرق بين مجتمع قال وأتاه رجل بناقة كوماء فابى أن يأخذها . والذين أوجبوا الزكاة فيها منهم من قال يكلف شراء السن الواجبة عليه ، ومنهم من قال يأخذ منها وهو الاقيس وبنحو هذا الاختلاف اختلفوا في صغار البقر وسخال الغنم .

الفصل الثالث في نصاب البقر وقدر الواجب في ذلك

جمهور العلماء على ان في ثلاثين من البقر تبيعا وفي أربعين مسنة ، وقالت طائفة في كل عشر من البقر شاة الى ثلاثين ففيها تبيع وقيل اذا بلغت خمسا وعشرين ففيها بقرة الى خمس وسبعين ففيها بقرتان اذا جاوزت ذلك فاذا بلغت مائة وعشرين ففي كل أربعين بقرة وهذا عن سعيد ابن المسيب . واختلف فقهاء الامصار فيما بين الاربعين والستين فذهب مالك والشافعي وأحمد والثوري وجماعة ان لا شيء فيما زاد على الاربعين حتى تبلغ ستين فاذا بلغت ستين ففيها تبيعان الى سبعين ففيها مسنة وتبيع الى ثمانين ففيها مسنتان الى تسعين ففيها ثلاثة أتبعة الى مائة ففيها تبيعان ومسنة ثم هكذا مازاد ففي كل ثلاثين تبيع وفي كل أربعين مسنة ✡ وسبب اختلافهم في النصاب ان حديث معاذ غير متفق على صحته ولذلك لم يخرجه الشيخان وسبب اختلاف فقهاء الامصار في الوقص في البقر أنه جاء في حديث معاذ هذا انه توقف في الاوقاص وقال حتى أسأل فيها النبي عليه الصلاة والسلام فلما قدم عليه وجده قد توفي صلى الله عليه وسلم فلما لم يرد في ذلك نص طلب حكمه من طريق القياس فمن قاسها على الابل والغنم لم ير في الاوقاص شيئاً ومن قال ان الاصل ان في الاوقاص الزكاة الا ما استثناه الدليل من ذلك وجب ان لا يكون عنده في البقر وقص اذ لا دليل هناك من اجماع ولا غيره .

الفصل الرابع فى نصاب الغنم وقدر الواجب من ذلك

وأجمعوا من هذا الباب على أن في سائمة الغنم اذا بلغت اربعين شاة شاة الى عشرين ومائة فاذا زادت على العشرين ومائة ففيها شاتان الى مائتين فاذا زادت على المائتين فثلاث شياه الى ثلاثمائة فاذا زادت على الثلاثمائة ففي كل مائة شاة وذلك

عند الجمهور الا الحسن بن صالح فانه قال اذا كانت الغنم ثلاثمائة شاة وشاة واحدة ان فيها أربع شياه واذا كانت أربعمائة شاة وشاة ففيها خمس شياه • وروى قوله هذا عن منصور عن ابراهيم والآثار الثابتة المرفوعة في كتاب الصدقة على ما قال الجمهور . واتفقوا على ان المعز تضم مع الغنم • واختلفوا من أى صنف منها يأخذ المصدق فقال مالك يأخذ من الاكثر عددا فان استوت خير الساعي، وقال أبو حنيفة بل الساعي يخير اذا اختلفت الاصناف . وقال الشافعي يأخذ الوسط من الاصناف المختلفة لقول عمر رضى الله عنه نعد عليهم بالسخلة يحملها الراعي ولا نأخذها ولا نأخذ الاكولة ولا الربى ولا الماخض ولا فحل الغنم ونأخذ الجذعة والثنية وذلك عدل بين خيار المال ووسطه . وكذلك اتفق جماعة فقهاء الامصار على انه لا يؤخذ في الصدقة تيس ولا هرمة ولا ذات عور لثبوت ذلك في كتاب الصدقة الا أن يرى المصدق ان ذلك خير للمساكين • واختلفوا في العميا وذات العلة هل تعد على صاحب المال أم لا فرأى مالك والشافعي ان تعد وروى عن أبي حنيفة انها لا تعد ✡ وسبب اختلافهم هل مطلق الاسم يتناول الاصحاء والمرضى أم لا يتناولهما . واختلفوا من هذا الباب في نسل الامهات هل تعد مع الامهات فيكمل النصاب بها اذا لم يبلغ نصابا فقال مالك يعد بها ؛ وقال الشافعي وأبو حنيفة وابو ثور لا يعتد بالسخال الا أن تكون الامهات نصابا ✱ وسبب اختلافهم احتمال قول عمر رضى الله عنه اذ أمر أن تعد عليهم بالسخال ولا يؤخذ منها شيء فان قوما فهموا من هذا اذ كانت الامهات نصابا وقوم فهموا هذا مطلقا واحسب ان أهل الظاهر لا يوجبون في السخال شيئا ولا يعدون بها الا كانت الامهات نصابا ولا لم تكن لان اسم الجنس لا ينطلق عليها عندهم وأكثر الفقهاء على ان للخلطة تأثيراً في قدر الواجب من الزكاة واختلف القائلون بذلك هل لها تأثير في قدر النصاب ام لا، وأما أبو حنيفة واصحابه فلم يروا للخلطة تأثيراً لا في قدر الواجب ولا في اقدر النصاب وتفسير ذلك ان مالكا والشافعي وأكثر فقهاء الامصار اتفقوا على أن الخلطاء يزكون زكاة المالك الواحد واختلفوا من ذلك في موضعين أحدهما في نصاب الخلطاء هل يعد نصاب مالك واحد سواء كان لكل واحد منهم نصاب أو لم يكن أم انما يزكون زكاة الرجل الواحد اذا كان لكل واحد منهم نصاب والثاني في صفة الخلطة التي لها تأثير في ذلك • وأما اختلافهم أولا في هل للخلطة تأثير في النصاب وفي الواجب أو ليس لها تأثير ✱ فسبب اختلافهم اختلافهم في مفهوم ما ثبت في كتاب الصدقة من قوله عليه الصلاة والسلام : لا يجمع بين مفترق ولا يفرق بين مجتمع خشية الصدقة وما كان من خليطين فانهما يتراجعان بالسوية فان كل واحد من الفريقين أنزل

مفهوم هذا الحديث على اعتقاده وذلك ان الذين رأوا للخلطة تأثيراما في النصاب والقدر الواجب أوفي القدر الواجب فقط قالوا ان قوله عليه الصلاة والسلام : وما كان من خليطين فانهما يتراجعان بالسوية وقوله لايجمع بين مفترق ولا يفرق بين مجتمع يدل دلالة واضحة ان ملك الخليطين كملك رجل واحد فان هذا الاثر مخصص لقوله عليه الصلاة والسلام: ليس فيما دون خمس ذود من الابل صدقة أما في الزكاة عند مالك وأصحابه أعني في قدر الواجب وأما في الزكاة والنصاب معا عند الشافعي وأصحابه واما الذين لم يقولوا بالخلطة فقالوا ان الشريكين قد يقال لهما خليطان ويحتمل أن يكون قوله عليه الصلاة والسلام لايجمع بين مفترق ولايفرق بين مجتمع انما هو نهى للسعاة أن يقسم ملك الرجل الواحد قسمة توجب عليه كثرة الصدقة مثل رجل يكون له مائة وعشرون شاة فيقسم عليه الى اربعين ثلاث مرات أو يجمع ملك رجل واحد الى ملك رجل آخر حيث يوجب الجمع كثرة الصدقة قالوا واذا كان هذا الاحتمال في هذا الحديث وجب الا تخصص به الاصول الثابتة المجمع عليها اعني ان النصاب والحق الواجب في الزكاة يعتبر بملك الرجل الواحد . وأما الذين قالوا بالخلطة فقالوا ان لفظ الخلطة هو أظهر في الخلطة نفسها منه في الشركة واذا كان ذلك كذلك فقوله عليه الصلاة والسلام فيهما انهما يتراجعان بالسوية مما يدل على ان الحق الواجب عليهما حكمه حكم رجل واحد وان قوله عليه الصلاة والسلام انهما يتراجعان بالسوية يدل على ان الخليطين ليسا بشريكين لان الشريكين ليس يتصور بينهما تراجع اذ المأخوذ هو من مال الشركة فمن اقتصر على هذا المفهوم ولم يقس عليه النصاب قال الخليطان انما يزكيان زكاة الرجل الواحد اذا كان لكل واحد منهما نصاب ومن جعل حكم النصاب تابعا لحكم الحق الواجب قال نصابهما نصاب الرجل الواحد كما ان زكاتهما زكاة الرجل الواحد وكل واحد من هؤلاء أنزل قوله عليه الصلاة والسلام لايجمع بين مفترق ولا يفرق بين مجتمع على ماذهب اليه فأما مالك رحمه الله فانه قال معنى قوله لايفرق بين مجتمع ان الخليطين يكون لكل واحد منهما مائة شاة وشاة فتكون عليهما فيها ثلاث شياه فاذا افترقا كان على كل واحد منهما شاة ومعنى قوله ولايجمع بين مفترق ان يكون النفر الثلاث لكل واحد منهم أربعون شاة فاذا جمعوها كان عليهم شاة واحدة فعلى مذهبه النهى انما هو متوجه نحو الخلطاء الذين لكل واحد منهم نصاب . وأما الشافعي فقال معنى قوله ولايفرق بين مجتمع أن يكون رجلان ولهما أربعون شاة فاذا فرقا غنمهما لم يجب عليهما فيها زكاة اذ كان نصاب الخلطاء عنده نصاب ملك واحد في الحكم واما القائلون بالخلطة فانهم اختلفوا فيما هي الخلطة المؤثرة في الزكاة فاما الشافعي فقال ان

من شرط الخالطة أن تختلط ماشيتهما وتراحا لواحد وتحلبا لواحد وتسرحا لواحد وتسقيا معاً وتكون فحولهما مختلطة ولا فرق عنده بالجملة بين الخلطة والشركة ولذلك لا يعتبر كمال النصاب لكل واحد من الشريكين كما تقدم وأما مالك فالخليطان عنده ما اشتركا في الدلو والحوض والمراح والراعي والفحل واختلف أصحابه في مراعاة بعض هذه الأوصاف أو جميعها * وسبب اختلافهم اشتراك اسم الخلطة ولذلك لم ير قوم تأثير الخلطة في الزكاة وهو مذهب أبي محمد بن حزم الأندلسي .

﴿ الفصل الخامس ﴾

(في نصاب الحبوب والثمار والقدر الواجب في ذلك)

وأجمعوا على ان الواجب في الحبوب أما ماسقى بالسماء فالعشر وأما ماسقى بالنضح فنصف العشر لثبوت ذلك عنه صلى الله عليه وسلم وأما النصاب فانهم اختلفوا في وجوبه في هـذا الجنس من مال الزكاة فصار الجمهور الى ايجاب النصاب فيه وهو خمسة أوسق والوسق ستون صاعا باجماع والصاع أربعـة امداد بمد النبي عليه الصلاة والسلام والجمهور على أن مده رطل وثلث وزيادة يسيرة بالبغدادي واليـه رجع أبو يوسف حين ناظره مالك على مذهب أهل العراق لشهادة أهل المدينة بذلك وكان ابو حنيفة يقول في المـدانه رطلان وفي الصاع انه ثمانية أرطال وقال أبو حنيفة ليس في الحبوب والثمار نصاب * وسبب اختلافهم معارضة العموم للخصوص أما العموم فقوله عليـه الصلاة والسلام فيما سقت السماء العشر وفيما سقي بالنضح نصف العشر وأما الخصوص فقوله عليه الصلاة والسلام ليس فيما دون خمسة أوسق صدقة والحديثان ثابتان فمن رأى أن الخصوص يبنى على العموم قال لابد من النصاب وهو المشهور ومن رأى ان العموم والخصوص متعارضان اذا جهل المتقـدم فيهما والمتأخر إذ كان قد ينسخ الخصوص بالعموم عنـده و ينسخ العموم بالخصوص اذ كل ماوجب العمل به جاز نسخه والنسخ قد يكون للبعض وقد يكون للكل ومن رجح العموم قال لانصاب ولكن حمل الجمهور عندي الخصوص على العموم هو من باب ترجيح الخصوص على العموم في الجزء الذي تعارضا فيه فان العموم فيـه ظاهر والخصوص فيه نص فتأمل هذا فانه السبب الذي صير الجمهور الى ان يقولوا بنى العام على الخاص وعلى الحقيقة ليس بليانا فان التعارض بينهما موجود الا ان يكون الخصوص متصلا بالعموم فيكون استثناء واحتجاج أبي حنيفة في النصاب بهذا العموم فيه ضعف

فان الحديث إنما خرج مخرج تبين القدر الواجب منه .واختلفوا من هذا الباب فى النصاب في ثلاث مسائل . المسئلة الاولى في ضم الحبوب بعضها الى بعض فى النصاب . الثانية فى جوازتقدير النصاب في العنب والتمر بالخرص . الثالثة هل يحسب على الرجل ما يأكله من تمره وزعره قبل الحصاد والجذاذ فيالنصاب أم لا .

(أما المسئلة الاولى) فانهم اجمعوا على أن الصنف الواحد من الحبوب والتمر يجمع جيده الى رديئه وتؤخذ الزكاة عن جميعه بحسب قدر كل واحد منها أعنى من الجيد والردىء فان كان التمر أصنافا أخذ من وسطه . واختلفوا في ضم القطانى بعضها الى بعض وفي ضم الحنطة والشعير والسلت فقال مالك القطنية كلها صنف واحد والحنطة والشعير والسلت أيضا وقال الشافعي وأبو حنيفة وأحمد وجماعة القطانى كلها أصناف كثيرة بحسب أسمائها ولا يضم منها شىء الى غيره فى حساب النصاب وكذلك الشعير والسلت والحنطة عندهم أصناف ثلاثة لا يضم واحد منها الى الآخر لتكميل النصاب ❊ وسبب الخلاف هل المراعاة فى الصنف الواحد هو اتفاق المنافع او اتفاق الاسماء فمن قال اتفاق الاسماء قال كلما اختلف اسماؤها فهى اصناف كثيرة ومن قال اتفاق المنافع قال كلما اتفقت منافعها فهى صنف واحد وان اختلفت أسماؤها فكل واحد منهما يروم أن يقرر قاعدته باستقراء الشرع أعنى أن أحدهما يحتج لمذهبه بالاشياء التى اعتبر الشرع فيها الاسماء والآخر بالاشياء التى اعتبر الشرع فيها المنافع ويشبه ان يكون شهادة الشرع للاسماء في الزكاة أكثر من شهادته للمنافع وان كان كلا الاعتبارين موجودا في الشرع والله أعلم .

(وأما المسئلة الثانية) وهى تقدير النصاب بالخرص واعتباره به دون الكيل فان جمهور العلماء على أجازة الخرص في النخيل والاعناب حين يبدو صلاحها لضرورة أن يخلى بينها وبين أهلها يأكلونها رطبا ، وقال داود ولاخرص الافي النخيل فقط وقال ابو حنيفة وصاحباه الخرص باطل وعلى رب المال ان يؤدى عشر ماتحصل بيده زاد على الخرص أو نقص منه ❊ والسبب فى اختلافهم فى جواز الخرص معارضة الاصول للاثر الوارد فى ذلك . اما الاثر الوارد فى ذلك وهو الذى تمسك به فالجمهور فهو ماروى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان : يرسل عبدالله بن رواحة وغيره الى خيبر فيخرص عليهم النخل : وأما الاصول التى تعارضه فلانه من باب المزابنة المنهى عنها وهو بيع التمر فى رؤوس النخل بالتمر كيلا ولانه أيضا من باب بيع الرطب بالتمر نسيئة فيدخله المنع من التفاضل ومن النسيئة وكلاهما من أصول الربا فلما رأى الكوفيون هذا مع ان الخرص الذى كان يخرص على أهل خيبر لم يكن للزكاة اذ كانوا ليسوا باهل

زكاة قالوا يحتمل ان يكون تخمينا ليعلم ما بايدى كل قوم من الثمار (قال القاضى) اما بحسب خبر مالك فالظاهر انه كان في القسيمة لما روى ان عبد الله بن رواحة كان اذا فرغ من الخرص قال ان شئتم فلكم وان شئتم فلى أعنى في قسمة الثمار لا في قسمة الحب . وأما بحسب حديث عائشة الذى رواه أبو داود فانما الخرص لموضع النصيب الواجب عليهم في ذلك والحديث هو أنها قالت وهي تذكر شان خيبر كان النبي صلى الله عليه وسلم يبعث عبد الله بن رواحة الى يهود خيبر فيخرص عليهم النخل حين يطيب قبل ان يؤكل منه وخرص الثمار لم يخرجه الشيخان وكيفما كان فالخرص مستثنى من تلك الاصول هذا ان ثبت انه كان منه عليه الصلاة والسلام حكما منه على المسلمين فان الحكم لو ثبت على أهل الذمة ليس يجب أن يكون حكما على المسلمين الا بدليل والله أعلم ولو صح حديث عتاب بن أسيد لكان جواز الخرص بينا والله أعلم وحديث عتاب ابن اسيد هو انه قال أمرني رسول الله صلى الله عليه وسلم : ان اخرص العنب وآخذ زكاته زبيباً كما تؤخذ زكاة النخل تمرا وحديث عتاب بن اسيد طعن فيه لان راويه عنه هو سعيد بن المسيب وهو لم يسمع منه ولذلك لم يجز داود خرص العنب . واختلف من أوجب الزكاة في الزيتون في جواز خرصه * والسبب في اختلافهم اختلافهم في قياسه في ذلك على النخل والعنب والمخرج عند الجميع من النخل في الزكاة هو التمر لا الرطب وكذلك الزبيب من العنب لا العنب نفسه وكذلك عند القائلين بوجوب الزكاة في الزيتون هو الزيت لا الحب قياسا على التمر والزبيب وقال مالك في العنب الذى لا يتزبب والزيتون الذى لا ينعصر أرى ان يؤخذ منه حباً .

(وأما المسئلة الثالثة) فان مالكا وأبا حنيفة قالا يحسب على الرجل ما أكل من ثمره وزرعه قبل الحصاد في النصاب ، وقال الشافعى لا يحسب عليه ويترك الخارص لرب المال ما يأكل هو وأهله * والسبب في اختلافهم ما يعارض الآثار في ذلك من الكتاب والقياس . أما السنة في ذلك فما رواه سهل بن أبي حثمة أن النبي صلى الله عليه وسلم : بعث أبا حثمة خارصا فجاء رجل فقال يارسول الله ان ابا حثمة قد زاد على فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم إن ابن عمك يزعم انك زدت عليه فقال يارسول الله لقد تركت له قدر عرية أهله وما يطعمه المساكين وما تسقطه الريح فقال قد زادك ابن عمك وأنصفك . وروى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : اذا خرصتم فدعوا الثلث فان لم تدعوا الثلث فدعوا الربع وروى عن جابر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم : قال خففوا فى الخرص فان فى المال العرية والاكلة والوصية والعامل والنوائب وما وجب في الثمر من الحق . وأما الكتاب المعارض لهذه الآثار

والقياس فقوله تعالى (كلو من ثمره اذا أثمر وآتوا حقه يوم حصاده) . وأما القياس فلانه مال فوجبت فيه الزكاة أصله سائر الاموال فهذه هي المسائل المشهورة التى تتعلق بقدر الواجب في الزكاة والواجب منه في هذه الأجناس الثلاثة التى الزكاة مخرجة من أعيانها لم يختلفوا انها اذا خرجت من الاعيان أنفسها انها مجزية واختلفوا هل يجوز فيها أن يخرج بدل العين القيمة أولا يجوز فقال مالك والشافعي لايجوز اخراج القيم في الزكوات بدل المنصوص عليه في الزكوات،وقال أبو حنيفة يجوز سواء قدر على المنصوص عليه أو لم يقدر * وسبب اختلافهم هل الزكاة عبادة أوحق واجب للمساكين فن قال انها عبادة قال ان أخرج من غير تلك الاعيان لم يجز لانه اذا أتى بالعبادة على غير الجهة المأمور بها فهي فاسدة ومن قال هي حق للمساكين فلا فرق بين القيمة والعين عنده وقد قالت الشافعية لنا ان نقول وان سلمنا انها حق للمساكين إن الشارع انما علق الحق بالعين قصدا منه لتشريك الفقراء مع الاغنياء في أعيان الاموال والحنفية تقول انما خصت بالذكر أعيان الاموال تسهيلا على أرباب الاموال لان كل ذى مال انما يسهل عليه الاخراج من نوع المال الذى بين يديه ولذلك جاء في بعض الاثر انه جعل في الدية على أهل الحلل حللا على ما يأتى في كتاب الحدود .

﴿ الفصل السادس فى نصاب العروض ﴾

والنصاب في العروض على مذهب القائلين بذلك انما هو فيما اتخذ منها للبيع خاصة على مايقدر قبل والنصاب فيها على مذهبهم هو النصاب في العين اذ كانت هذه هي قيم المتلفات ورؤس الاموال وكذلك الحول في العروض عند الذين أوجبوا الزكاة في العروض فان مالكا قال اذا باع العروض زكاه لسنة واحدة كالحال في الدين وذلك عنده في التأخر الذى تنضبط له أوقات شراء عروضه وأما الذين لا ينضبط لهم وقت ما يبيعونه ولا يشترونه وهم الذين يخصون باسم المدير فحكم هؤلاء عند مالك اذا حال عليهم الحول من يوم ابتداء تجارتهم أن يقوم ما بيده من العروض ثم يضم الى ذلك ما بيده من العين وماله من الدين الذى يرتجى قبضه ان لم يكن عليه دين مثله وذلك بخلاف قوله في دين غير المدير فاذا بلغ ما اجتمع عنده من ذلك نصابا أدى زكاته وسواء نض له في عامه شيء من العين أو لم ينض بلغ نصابا أو لم يبلغ نصابا وهذه رواية ابن الماجشون عن مالك وروى ابن القاسم عنه اذا لم يكن له ناض وكان يتجر بالعروض لم يكن عليه في العروض شيء فنهم من لم

يشترط وجود الناض عنده ومنهم من شرطه والذى شرطه منهم من اعتبر فيه النصاب ومنهم من لم يعتبر ذلك . وقال المزنى زكاة العروض تكون من أعيانها الا من أثمانها وقال الجمهور الشافعى وأبو حنيفة وأحمد والثورى والاوزاعى وغيرهم المدير وغير المدير حكمه واحد وانه من اشترى عرضا للتجارة فحال عليه الحول قومه وزكاه . وقال قوم بل يزكي ثمنه الذى ابتاعه به لا قيمته وانما لم يوجب الجمهور على المدير شيئا لان الحول انما يشترط فى عين المال لا فى نوعه. واما مالك فشبه النوع ههنا بالعين لئلا تسقط الزكاة رأسا عن المدير وهذا هو بان يكون شرعا زائداً أشبه منه بان يكون شرعا مستنبطا من شرع ثابت ومثل هذا هو الذى يعرفونه بالقياس المرسل وهو الذى لا يستند الى أصل منصوص عليه فى الشرع الا ما يعقل من المصلحة الشرعية فيه ومالك رحمه الله يعتبر المصالح وان لم يستند الى أصول منصوص عليها .

(الجملة الرابعة فى وقت الزكاة) وأما وقت الزكاة فان جمهور الفقهاء يشترطون فى وجوب الزكاة فى الذهب والفضة والماشية الحول لثبوت ذلك عن الخلفاء الاربعة ولانتشاره فى الصحابة رضى الله عنهم ولانتشار العمل به ولاعتقادهم أن مثل هذا الانتشار من غير خلاف لا يجوز أن يكون الا عن توقيف وقد روى مرفوعا من حديث ابن عمر عن النبى صلى الله عليه وسلم انه قال لا زكاة فى مال حتى يحول عليه الحول وهذا مجمع عليه عند فقهاء الامصار وليس فيه فى الصدر الاول خلاف الا ماروى عن ابن عباس ومعاوية ✡ وسبب الاختلاف أنه لم يرد فى ذلك حديث ثابت . واختلفوا فى هذا الباب فى مسائل ثمانية مشهورة إحداها هل يشترط الحول فى المعدن اذا قلنا أن الواجب فيه ربع العشر ، الثانية فى اعتبار حول ربح المال ، الثالثة حول الفوائد الواردة على مال تجب فيه الزكاة ، الرابعة فى اعتبار حول الدين اذا قلنا أن فيه الزكاة ، الخامسة فى اعتبار حول العروض اذا قلنا ان فيها الزكاة ، السادسة فى حول فائدة الماشية ، السابعة فى حول نسل الغنم اذا قلنا انها تضم الى الامهات إما على رأى من يشترط أن تكون الامهات نصابا وهو الشافعى وأبو حنيفة اما على مذهب من لا يشترط ذلك وهو مذهب مالك. والثامنة فى جواز اخراج الزكاة قبل الحول .

(أما المسئلة الاولى) وهى المعدن فان الشافعى راعى فيه الحول مع النصاب وأما مالك فراعى فيه النصاب دون الحول ✡ وسبب اختلافهم تردد شبهه بين ما تخرجه الارض مما تجب فيه الزكاة وبين التبر والفضة المقتنيين فمن شبهه بما

تخرجه الارض لم يعتبر الحول فيه ومن شبهه بالتبر والفضة المقتنيين أوجب الحول وتشبيهه بالتبر والفضة أبين والله أعلم .

(المسئلة الثانية) واما اعتبار حول ربح المال فانهم اختلفوا فيه على ثلاثة أقوال فرأى الشافعي ان حوله يعتبر من يوم استفيد سواء كان الاصل نصابا أو لم يكن وهو مروى عن عمر بن عبد العزيز انه كتب ألا يعرض لارباح التجار حتى يحول عليها الحول ، وقال مالك حول الربح هو حول الاصل أى اذا كمل للاصول حول زكى الربح معه سواء كان الاصل نصابا أو أقل من نصاب اذا بلغ الاصل مع ربحه نصابا قال أبوعبيد ولم يتابعه عليه أحد من الفقهاء الا أصحابه . وفرق قوم بين أن يكون رأس المال الحائل عليه الحول نصابا أولا يكون فقالوا ان كان نصابا زكى الربح مع رأس ماله وان لم يك نصابا لم يزك وممن قال بهذا القول الاوزاعى وأبو ثور وأبو حنيفة ✡ وسبب اختلافهم تردد الربح بين أن يكون حكمه حكم المال المستفاد أو حكم الاصل فمن شبهه بالمال المستفاد ابتداء قال يستقبل به الحول ومن شبهه بالاصل وهو رأس المال قال حكمه حكم رأس المال الا أن من شروط هذا التشبيه أن يكون رأس المال قد وجبت فيه الزكاة وذلك لايكون الا اذا كان نصابا ولذلك يضعف قياس الربح على الاصل في مذهب مالك ويشبه أن يكون الذى اعتمده مالك رضى الله عنه في ذلك هو تشبيه ربح المال بنسل الغنم لكن نسل الغنم مختلف أيضا فيه وقد روى عن مالك مثل قول الجمهور .

(وأما المسئلة الثالثة) وهى حول الفوائد فانهم أجمعوا على أن المال اذا كان أقل من نصاب واستفيد اليه مال من غير ربحه يكمل من مجموعهما نصاب انه يستقبل به الحول من يوم كمل واختلفوا اذا استفاد مالا وعنده نصاب مال آخر قد حال عليه الحول فقال مالك يزكى المستفاد ان كان نصابا لحوله ولا يضم الى المال الذى وجبت فيه الزكاة وبهذا القول في الفوائد قال الشافعي . وقال أبو حنيفة وأصحابه والثورى الفوائد كلها تزكى بحول الاصل اذا كان الاصل نصابا وكذلك الربح عندهم ✡ وسبب اختلافهم هل حكمه حكم المال الوارد عليه أم حكمه حكم مال لم يرد على مال آخر فمن قال حكمه حكم مال لم يرد على مال آخر أعنى مالا فيه زكاة قال لازكاة في الفائدة ومن جعل حكمه حكم الوارد عليه وأنه مال واحد قال اذا كان في الوارد عليه الزكاة بكونه نصابا اعتبر حوله بحول المال الوارد عليه وعموم قوله عليه الصلاة والسلام : لازكاة في مال حتى يحول عليه الحول يقتضى أن لايضاف مال الى مال الا بدليل وكان أبا حنيفة اعتمد في هذا قياس الناض على الماشية ومن أصله الذى يعتمده في هذا الباب أنه ليس من شرط الحول ان يوجد المال نصابا في جميع اجزائه بل أن يوجد نصابا في طرفيه فقط

وبعضا منه في كله فعنــده انه اذا كان مال في أول الحول نصابا ثم هلك بعضه فصار أقل من نصاب ثم اســتفاد مالا في آخر الحول صار به نصابا انه تجب فيه الزكاة وهــذا عنده موجود في هــذا المــال لانه لم يستكمل الحول وهو في جميع أجزائه مال واحــد بعينه بل زاد ولكن الني في طرفى الحول نصابا والظاهر أن الحول الذى اشترط في المــال انما هو في مال معين لايزيد ولا ينقص لاربح ولا بفائدة ولا بغير ذلك اذ كان المقصود بالحول هو كون المــال فضلة مستغنى عنه وذلك أن مابقى حولا عند المــالك لم يتغير عنده فليس به حاجة اليه فجعل فيه الزكاة فان الزكاة انما هي فى فضول الاموال . وأما من رأى أن اشتراط الحول في المــال انما سببه النماء فواجب عليه أن يقول تضم الفوائد فضلا عن الارباح الى الاصول وأن يعتبر النصاب في طرفي الحول فتأمل هــذا فانه بين والله أعلم ولذلك رأى مالك أن من كان عنــده فى أول الحول ماشــية تجب فيها الزكــاة ثم باعها وأبدلها في آخر الحول بماشــية من نوعها انمــا تجب فيها الزكاة فكأنه اعتبر أيضا طرفى الحول على مذهب أبى حنيفة وأخذ أيضا مااعتمد أبو حنيفة في فائدة الناض القياس على فائدة المــاشية على ماقلناه .

(وأما المسئلة الرابعة) وهي اعتبار حول الدين اذا قلنا ان فيه الزكاة فان قوما قالوا يعتبر ذلك فيه من أول ما كان دينا يزكيه لعدة ذلك ان كان حولا فحول وان كان أحوالا فاحوال أعنى انه ان كان حولا تجب فيه زكاة واحدة وان أحوالا وجبت فيه الزكاة لعدة تلك الاحوال وقوم قالوا يزكيه لعام واحد وان أقام الدين أحوالا عند الذى عنده الدين وقوم قالوا يستقبل به الحول ، وأما من قال يستقبل بالدين الحول من يوم قبض فلم يقل بايجاب الزكاة في الدين ومن قال فيه الزكاة بعدد الاحوال التى أقام فصيرا الى تشبيه الدين بالمــال الحاضر وأما من قال الزكاة فيه لحول واحــد وان أقام أحوالا فلا أعرف له مستندا في وقتي هــذا لانه لايخلو مادام دينا أن يقول ان فيه زكاة أولا يقول ذلك فان لم يكن فيه زكاة فلا كلام بل يستأنف به وان كان فيه زكاة فلا يخلو أن يشترط فيها الحول أولا يشترط ذلك فان اشترطنا وجب أن يعتبر عدد الاحوال الا أن يقول كلما انقضى حول فلم يتمكن من أدائه ســقط عنه ذلك الحق اللازم في ذلك الحول فان الزكاة وجبت بشرطين حضور عين المال وحلول الحول فلم يبق الاحق العام الاخير وهذا يشبه مالك بالعروض التى للتجارة فانها لاتجب عنده فيها زكاة الا اذا باعها وان أقامت عنده أحوالا كثيرة وفيه شبه ما بالمــاشية التى لايأتى الساعى أعواما اليها ثم يأتى فيجدها قد نقصت فانه يزكى على مذهب مالك الذى وجد فقط لانه لمــا أن حاله

عليها الحول فيما تقدم ولم يتمكن من اخراج الزكاة اذ كان مجيء الساعى شرطا عنده في اخراجها مع حلول الحول سقط عنه حق ذلك الحول الخاضر وحوسب به في الأعوام السالفة كان الواجب فيها أقل أو أكثر اذا كانت مما تجب فيه الزكاة وهو شيء يجرى على غير قياس وانما اعتبر مالك فيه العمل ؛ وأما الشافعى فيراه ضامنا لانه ليس مجيء الساعى شرطا عنده فى الوجوب وعلى هذا كل من رأى انه لايجوز أن يخرج زكاة ماله ألا بان يدفعها الى الامام فعدم الامام أو عدم الامام العادل ان كان من شرط العدالة في ذلك انه ان هلكت بعد انقضاء الحول وقبل التمكن من دفعها الى الامام فلا شيء عليه ومالك تنقسم عنده زكاة الديون لهذه الاحوال الثلاثة أعنى أن من الديون عنده مايزكى لعام واحد فقط مثل ديون التجارة ، ومنها مايستقبل بها الحول مثل ديون المواريث . والثالث دين المدير وتحصيل قوله فى الديون ليس بغرضنا .

(المسئلة الخامسة) وهي حول العروض وقد تقدم القول فيها عند القول فى نصاب العروض

(وأما المسئلة السادسة) وهي فوائد الماشية فان مذهب مالك فيها بخلاف مذهبه في فوائد الناض وذلك انه يبنى الفائدة على الاصل اذا كان الاصل نصابا كما يفعل أبو حنيفة فى فائدة الدراهم وفى فائدة الماشية فابو حنيفة مذهبه فى الفوائد حكم واحد أعنى انها تبنى على الاصل اذا كانت نصابا كانت فائدة غنم أو فائدة ناض والارباح عنده والنسل كالفوائد وأما مالك فالربح والنسل عنده حكمهما واحد ويفرق بين فوائد الناض وفوائد الماشية . وأما الشافعى فالارباح والفوائد عنده حكمهما واحد باعتبار حولهما بأنفسهما وفوائد الماشية ونسلها واحد أيضا باعتبار حولهما بالاصل اذا كان نصابا فهذا هو تحصيل مذاهب هؤلاء الفقهاء الثلاثة وكانه انما فرق مالك بين الماشية والناض اتباعا لعمر والا فالقياس فيهما واحد أعنى ان الربح شبيه بالنسل والفائدة بالفائدة وحديث عمر هذا هو أنه أمر أن يعد عليهم بالسخال ولا يأخذ منها شيئا وقد تقدم الحديث فى باب النصاب .

(المسئلة السابعة) وهي اعتبار حول نسل الغنم فان مالكا قال حول النسل هو حول الامهات كانت الامهات نصابا أو لم تكن كما قال في ربح الناض . وقال الشافعى وأبو حنيفة وأبو ثور لايكون حول النسل حول الامهات الا أن تكون الامهات نصابا ✿ وسبب اختلافهم هو بعينه سبب اختلافهم فى ربح المال .

(وأما المسئلة الثامنة) وهي جواز اخراج الزكاة قبل الحول فان مالكا منع ذلك وجوزه أبو حنيفة والشافعى ✿ وسبب الخلاف هل هي عبادة أو حق واجب مساكين فمن قال عبادة وشبهها بالصلاة لم يجز اخراجها قبل الوقت ومن شبهها بالحقوق

الواجبة المؤجلة أجاز اخراجها قبل الاجل على جهة التطوع وقد احتج الشافعى لرأيه بحديث على أن النبي عليه الصلاة والسلام: استسلف صدقة العباس قبل محلها.

(الجملة الخامسة فيمن تجب له الصدقة) والكلام في هذا الباب في ثلاثة فصول الاول في عدد الاصناف الذين تجب لهم، الثاني في صفتهم التى تقتضى ذلك، الثالث كم يجب لهم.

﴿ الفصل الاول ﴾

فاما عددهم فهم الثمانية التى نص الله عليهم في قوله تعالى(انما الصدقات للفقراء والمساكين) الآية.واختلفوا من العدد في مسئلتين، احداهما هل يجوز أن تصرف جميع الصدقة الى صنف واحدمن هؤلاء الاصناف أمهم شركاء في الصدقة لايجوز أن يخص منهم صنف دون صنف فذهب مالك وأبو حنيفة الى أنه يجوز للامام أن يصرفها في صنف واحد أو اكثر من صنف واحد اذا رأى ذلك بحسب الحاجة، وقال الشافعى لايجوز ذلك بل يقسم على الاصناف الثمانية كما سمى الله تعالى * وسبب اختلافهم معارضة اللفظ للمعنى فان اللفظ يقتضى القسمة بين جميعهم والمعنى يقتضى أن يؤثر بها أهل الحاجة اذ كان المقصود به سد الخلة فكان تعديدهم في الآية عند هؤلاء انما ورد لتمييز الجنس أعنى أهل الصدقات لا تشريكهم في الصدقة فالاول أظهر من جهة اللفظ وهذا أظهر من جهة المعنى ومن الحجة للشافعى مارواه أبو داود عن الصدائى أن رجلا سأل النبى صلى الله عليه وسلم أن يعطيه من الصدقة فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم: أن الله لم يرض بحكم نبي ولاغيره فى الصدقات حتى حكم فيها فجزأها ثمانية أجزاء فان كنت من تلك الاجزاء أعطيتك حقك.

(وأما المسئلة الثانية) فهل المؤلفة قلوبهم حقهم باق الى اليوم أم لا فقال مالك لامؤلفة اليوم، وقال الشافعى وأبو حنيفة بل حق المؤلفة باق الى اليوم اذا رأى الامام ذلك وهم الذين يتألفهم الامام على الاسلام ✡ وسبب اختلافهم هل ذلك خاص بالنبي صلى الله عليه وسلم أو عام له ولسائر الامة والاظهر أنه عام وهل يجوز ذلك للامام في كل أحواله أو في حال دون حال أعنى في حال الضعف لافي حال القوة ولذلك قال مالك لاحاجة الى المؤلفة الآن لقوة الاسلام وهذا كما قلنا التفات منه الى المصالح.

﴿ الفصل الثانى ﴾

وأما صفاتهم التى يستوجبون بها الصدقة ويمنعون منها باضدادها فاحدها الفقر

الذى هو ضد الغنا لقوله تعالى « انما الصدقات للفقراء والمساكين » واختلفوا فى الغنى الذى تجوز له الصدقة من الذى لاتجوز ومامقدار الغنا المحرم للصدقة فاما الغنى الذى تجوز له الصدقة فان الجمهور على أنه لاتجوز الصدقة للاغنياء باجمعهم الا للخمس الذى نص عليهم النبى عليه الصلاة والسلام فى قوله : لاتحل الصدقة لغنى الا لخمسة ؛ لغاز فى سبيل الله، أو لعامل عليها . أو لغارم . أو لرجل له جار مسكين فتصدق على المسكين فاهدى المسكين للغنى وروى عن ابن القاسم أنه لايجوز أخذ الصدقة لغنى أصلا مجاهدا كان أو عاملا والذين أجازوها للعامل وان كان غنيا أجازوها للقضاة ومن فى معناهم ممن المنفعة بهم عامة للمسلمين ومن لم يجز ذلك فقياس ذلك عنده هو أن لاتجوز لغنى أصلا ٭ وسبب اختلافهم هو هل العلة فى ايجاب الصدقة للاصناف المذكورين هو الحاجة فقط أو الحاجة والمنفعة العامة فمن اعتبر ذلك بأهل الحاجة المنصوص عليهم فى الآية قال الحاجة فقط ومن قال الحاجة والمنفعة العامة توجب أخذ الصدقة اعتبر المنفعة للعامل والحاجة بسائر الاصناف المنصوص عليهم. وأما حد الغنا الذى يمنع من الصدقة فذهب الشافعى الى أن المانع من الصدقة هو أقل ماينطلق عليه الاسم، وذهب أبو حنيفة الى أن الغنا هو ملك النصاب لانهم الذين سماهم النبى عليه الصلاة والسلام أغنياء لقوله فى حديث معاذ له فأخبرهم أن الله فرض عليهم صدقة تؤخذ من أغنيائهم وترد على فقرائهم واذا كان الاغنياء هم الذين هم أهل النصاب وجب أن يكون الفقراء ضدهم. وقال مالك ليس فى ذلك حد انما هو راجع الى الاجتهاد ٭ وسبب اختلافهم هل الغنا المانع هو معنى شرعى أم معنى لغوى فمن قال معنى شرعى قال وجود النصاب هو الغنا ومن قال معنى لغوى اعتبر فى ذلك أقل ماينطلق عليه الاسم فمن رأى أن أقل ماينطلق عليه الاسم هو محدود فى كل وقت وفى كل شخص جعل حده هذا ومن رأى انه غير محدود وان ذلك يختلف باختلاف الحالات والحاجات والاشخاص والامكنة والازمنة وغير ذلك قال هو غير محدود وأن ذلك راجع الى الاجتهاد وقد روى أبو داود فى حديث الغنا الذى يمنع الصدقة عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه ملك خمسين درهما وفى أثر آخر انه ملك أوقية وهى أربعون درهما وأحسب ان قوما قالوا بهذه الآثار فى حد الغنا . واختلفوا من هذا الباب فى صفة الفقير والمسكين والفصل الذى بينهما فقال قوم الفقير أحسن حالا من المسكين وبه قال البغداديون من أصحاب مالك وقال آخرون المسكين أحسن حالا من الفقير وبه قال أبو حنيفه وأصحابه والشافعى فى أحد قوليه وفى قوله الثانى انهما اسمان دالان على معنى واحد والى هذا ذهب ابن القاسم وهذا النظر هو لغوى ان لم تكن له دلالة شرعية والاشبه عند استقراء اللغة أن يكونا اسمين دالين على معنى

واحد يختلف بالاقل والاكثر في كل واحد منهما لا أن هذا راتب من أحدهما على قدر غير القدر الذى الآخر راتب عليه . واختلفوا في قوله تعالى (وفي الرقاب) فقال مالك هم العبيد يعتقهم الامام ويكون ولاءهم للمسلمين، وقال الشافعى وأبو حنيفة هم المكاتبون وابن السبيل هو عندهم المسافر في طاعة ينفذ زاده فلا يجد ما ينفقه وبعضهم يشترط فيه أن يكون ابن السبيل جار الصدقة، وأما في سبيل الله فقال مالك سبيل الله مواضع الجهاد والرباط وبه قال أبو حنيفة، وقال غيره الحجاج والعمار، وقال الشافعى هو الغازى جار الصدقة وانما اشترط جار الصدقة لان عند اكثرهم أنه لا يجوز تنقيل الصدقة من بلد الى بلد الا من ضرورة ،

﴿الفصل الثالث﴾

وأما قدر ما يعطى من ذلك أما الغارم فبقدر ما عليه اذا كان دينه في طاعة وفي غير سرف بل في أمر ضرورى وكذلك ابن السبيل يعطى ما يحمله الى بلده ويشبه أن يكون ما يحمله الى مغزاه عند من جعل ابن السبيل الغازى واختلفوا فى مقدار ما يعطى المسكين الواحد من الصدقه فلم يحد مالك في ذلك حداً وصرفه الى الاجتهاد وبه قال الشافعى قال وسواء كان ما يعطى من ذلك نصابا أو اقل من نصاب، وكره أبو حنيفة أن يعطى أحد من المساكين مقدار نصاب من الصدقة وقال الثورى لا يعطى أحد أكثر من خمسين درهما وقال الليث يعطى ما يبتاع به خادما اذا كان ذاعيال وكانت الزكاة كثيرة وكان أكثرهم مجمعون على أنه لا يجب أن يعطى عطية يصير بها من الغنا في مرتبة من لا تجوز له الصدقة لان ما حصل له من ذلك المال فوق القدر الذى هو به من أهل الصدقة صار في أول مراتب الغنا فهو حرام عليه وانما اختلفوا في ذلك لاختلافهم في هذا القدر فهذه المسئلة كانها تبنى على معرفة أول مراتب الغنا. وأما العامل عليها فلا خلاف عند الفقهاء انه انما يأخذ بقدر عمله فهذا ما رأينا أن نثبته في هذا الكتاب وان تذكرنا شيئا مما يشا كل غرضنا ألحقناه به ان شاء الله تعالى .

﴿كتاب زكاة الفطر﴾

والكلام في هذه الزكاة يتعلق بفصول ؛ أحدها في معرفة حكمها . والثانى في معرفة من تجب عليه . والثالث كم تجب عليه ومما ذا تجب عليه . والرابع متى تجب عليه ؛ والخامس من تجوز له .

﴿ الفصل الاول ﴾

فاما زكاة الفطر فان الجمهور على انها فرض وذهب بعض المتأخرين من أصحاب مالك الى أنها سنة وبه قال أهل العراق وقال قوم هي ملسوخة بالزكاة * وسبب اختلافهم تعارض الآثار في ذلك وذلك انه ثبت من حديث عبد الله بن عمر انه قال فرض رسول الله صلى الله عليه وسلم زكاة الفطر على الناس من رمضان صاعا من تمر أو صاعا من شعير على كل حر أو عبد ذكر أو انثى من المسلمين وظاهر هذا يقتضي الوجوب على مذهب من يقلد الصاحب في فهم الوجوب أو الندب من أمره عليه الصلاة والسلام اذا لم يجد لنا لفظه وثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال في حديث الاعرابى المشهور وذكر رسول الله صلى الله عليه وسلم الزكاة قال هل على غيرها قال لا الا أن تطوع فذهب الجمهور الى أن هذه الزكاة داخلة تحت الزكاة المفروضة وذهب الغير الى أنها غير داخلة واحتجوا في ذلك بما روى عن قيس بن سعد بن عبادة أنه قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم : يامرنا بها قبل نزول الزكاة فلما نزلت آية الزكاة لم نؤمر بها ولم ننه عنها ونحن نفعله .

﴿ الفصل الثانى ﴾

فيمن تجب عليه وعمن تجب وأجمعوا على أن المسلمين مخاطبون بها ذكرنا كانوا أو اناثا صغارا او كبارا عبيداً أو أحرارا لحديث ابن عمر المتقدم الا ماشذ فيه الليث فقال ليس على أهل العمود زكاة الفطر وانما هي على أهل القرى ولا حجة له وما شذ أيضا من قول من لم يوجبها على اليتيم وأما عمن تجب فانهم اتفقوا على انها تجب على المرء في نفسه وأنها زكاة بدن لا زكاة مال وأنها تجب في ولده الصغار عليه اذا لم يكن لهم مال وكذلك في عبيده اذا لم يكن لهم مال واختلفوا فيما سوى ذلك.وتلخيص مذهب مالك في ذلك انها تلزم الرجل عمن الزمه الشرع النفقة عليه ووافقه فى ذلك الشافعى وانما يختلفان من قبل اختلافهم فيمن تلزم المرء نفقته اذا كان معسرا ومن ليس تلزمه وخالفه أبو حنيفة فى الزوجة وقال تؤدى عن نفسها وخالفهم أبو ثور فى العبد اذا كان له مال فقال اذا كان له مال زكى عن نفسه ولم يزك عنه سيده وبه قال أهل الظاهر . والجمهور على انه لا تجب على المرء فى أولاده الصغار اذا كان لهم مال زكاة فطر وبه قال الشافعى وأبو حنيفة ومالك وقال الحسن هي على الاب وان أعطاها من مال الابن فهو ضامن وليس من شرط هذه الزكاة الغنا عند أكثرهم ولا نصاب بل أن تكون فضلا عن قوته وقوت عياله وقال أبو حنيفة

وأصحابه لا يجب على من تجوز له الصدقة لانه لا يجتمع أن تجوز له وان تجب عليه وذلك بين والله أعلم وانما اتفق الجمهور على أن هذه الزكاة ليست بلازمة لمكلف مكلف فى ذاته فقط كالحال فى سائر العبادات بل ومن قبل غيره لايجابها على الصغير والعبيد فمن فهم من هذا أن علة الحكم الولاية قال الولى يلزمه اخراج الصدقة على كل من يليه ومن فهم من هذه النفقة قال المنفق يجب أن يخرج الزكاة عن كل من ينفق عليه بالشرع وانما عرض هذا الاختلاف لانه اتفق فى الصغير والعبد وهما اللذان نبها على أن هذه الزكاة ليست معلقة بذات المكلف فقط بل ومن قبل غيره ان وجدت الولاية فيها ووجوب النفقة فذهب مالك الى ان العلة فى ذلك وجوب النفقة وذهب أبو حنيفة الى أن العلة فى ذلك الولاية ولذلك اختلفوا فى الزوجة وقد روى مرفوعا: أدوا زكاة الفطر عن كل من تمونون ولكنه غير مشهور . واختلفوا من العبيد فى مسائل . أحدها كما قلنا وجوب زكاته على السيد إذ كان له مال وذلك مبنى على أنه يملك أولا يملك . والثانية فى العبد الكافر هل يؤدى عنه زكاته أم لا فقال مالك والشافعى وأحمد ليس على السيد فى العبد الكافر زكاة وقال الكوفيون عليه الزكاة فيه * والسبب فى اختلافهم اختلافهم فى الزيادة الواردة فى ذلك فى حديث ابن عمر وهو قوله من المسلمين فانه قد خولف فيها نافع فكون ابن عمر ايضا الذى هو راوى الحديث من مذهبه اخراج الزكاة عن العبيد الكفار وللخلاف أيضا سبب آخر وهو كون الزكاة الواجبة على السيد فى العبد هل هي لمكان أن العبد مكلف او انه مال فمن قال لمكان انه مكلف اشترط الاسلام ومن قال لمكان انه مال لم يشترطه قالوا ويدل على ذلك اجماع العلماء على أن العبد اذا أعتق ولم يخرج عنه مولاه زكاة الفطر انه لايلزمه اخراجها عن نفسه بخلاف الكفارات ، والثالثة فى المكاتب فان مالكا وأبا ثور قالا يؤدى عنه سيده زكاة الفطر، وقال الشافعى وأبو حنيفة وأحمد لازكاة عليه فيه * والسبب فى اختلافهم تردد المكاتب بين الحر والعبد ، والرابعة فى عبيد التجارة ذهب مالك والشافعى وأحمد الى ان على السيد فيهم زكاة الفطر. وقال أبو حنيفة وغيره ليس فى عبيد التجارة صدقة * وسبب الخلاف معارضة القياس للعموم وذلك أن عموم اسم العبد يقتضى وجوب الزكاة فى عبيد التجارة وغيرهم وعند أبى حنيفة أن هذا العموم مخصص بالقياس وذلك هو اجتماع زكاتين فى مال واحد. وكذلك اختلفوا فى عبيد العبيد وفروع هذا الباب كثيرة .

﴿ الفصل الثالث ﴾

وأما ماذا تجب فان قوما ذهبوا الى أنها تجب اما من البر أو من التمر أو الشعير أو الزبيب أو الاقط وان ذلك على التخيير الذى تجب عليه، وقوم ذهبوا الى أن الواجب عليه هو غالب قوت البلد أو قوت المكلف اذا لم يقدر على قوت البلد وهو الذى حكاه عبد الوهاب عن المذهب ✡ والسبب في اختلافهم اختلافهم في مفهوم حديث أبى سعيد الخدرى انه قال: كنا نخرج زكاة الفطر في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم صاعا من طعام أو صاعاً من شعير أو صاعاً من أقط أو صاعاً من تمر فمن فهم من هذا الحديث التخيير قال أى اخرج من هذه أجزأ عنه ومن فهم منه أن اختلاف المخرج ليس سببه الاباحة وانما سببه اعتبار قوت المخرج أو قوت غالب البلد قال بالقول الثانى. وأما كم يجب فان العلماء اتفقوا على انه لا يؤدى في زكاة الفطر من التمر والشعير أقل من صاع لثبوت ذلك في حديث ابن عمر. واختلفوا في قدر ما يؤدى من القمح فقال مالك والشافعى لا يجزى منه أقل من صاع، وقال أبو حنيفة وأصحابه يجزى من البر نصف صاع ✡ والسبب في اختلافهم تعارض الآثار وذلك انه جاء في حديث أبى سعيد الخدرى انه قال: كنا نخرج زكاة الفطر في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم صاعا من طعام أو صاعا من شعير أو صاعا من أقط أو صاعا من تمر أو صاعا من زبيب وظاهره انه أراد بالطعام القمح وروى الزهرى أيضا عن أبى سعيد عن أبيه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال في صدقة الفطر صاعا من بر بين اثنين أو صاعا من شعير أو تمر عن كل واحد خرجه أبو داود وروى عن ابن المسيب انه قال: كانت صدقة الفطر على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم نصف صاع من حنطة أو صاعا من شعير أو صاعا من تمر فمن أخذ بهذه الاحاديث قال نصف صاع من البر ومن أخذ بظاهر حديث أبى سعيد وقاس البر في ذلك على الشعير سوى بينهما في الوجوب .

﴿ الفصل الرابع ﴾

وأما متى يجب اخراج زكاة الفطر فانهم اتفقوا على انها تجب في آخر رمضان لحديث ابن عمر: فرض رسول الله صلى الله عليه وسلم زكاة الفطر من رمضان. واختلفوا في تحديد الوقت فقال مالك في رواية ابن القاسم عنه تجب بطلوع الفجر من يوم الفطر وروى عنه أشهب انها تجب بغروب الشمس من آخر يوم من رمضان وبالاول قال أبو حنيفة وبالثانى قال الشافعى ✡ وسبب اختلافهم هل هى عبادة متعلقة بيوم

العيـد أو بخروج شهر رمضان لان ليلة العيـد ليست من شهر رمضان وفائدة هذا الاختـلاف في المولود يولد قبل الفجر من يوم العيد وبعد مغيب الشمس هل تجب عليه أم لاتجب .

﴿ الفصل الخامس ﴾

وأما لمن تصرف فاجمعوا على انها تصرف لفقراء المسلمين لقوله عليه الصلاة السلام : أغنوهم عن السؤال في هذا اليوم. واختلفوا هل تجوز لفقراء الذمة والجمهور على أنها لاتجوز لهم وقال أبو حنيفة تجوز لهم ✡ وسبب اختلافهم هل سبب جوازها هو الفقر فقط أو الفقر والاسلام معا فمن قال الفقر والاسلام لم يجزها للذميين ومن قال الفقر فقط أجازها لهم واشترط قوم في أهل الذمة الذين تجوز لهم ان يكونوا رهبانا وأجمع المسلمون على أن زكاة الاموال لاتجوز لاهل الذمة لقوله عليه الصلاة والسلام صدقة تؤخذ من أغنيائهم وترد على فقرائهم



(بسم الله الرحمن الرحيم) وصلى الله على سيدنا محمد وآله وسلم تسليما

(كتاب الحج)

والنظر في هذا الكتاب في ثلاثة أجنـاس . الجنس الاول يشتمل على الاشياء التى تجرى من هـذه العبادة مجرى المقدمات التى تجب معرفتها لعمل هـذه العبـادة . الجنس الثانى فى الاشياء التى تجرى منها مجرى الاركان وهي الامور المعمولة انفسها والاشـياء المتروكة . الجنس الثالث في الأشـياء التى يجرى منها مجرى الامور اللاحقة وهي أحكام الافعال وذلك ان كل عبادة فانها توجد مشتملة على هذه الثلاثة الاجناس .

(الجنس الاول) وهذا الجنس يشتمل على شيئين على معرفة الوجوب وشروطه وعلى من يجب ومتى يجب، فاما وجوبه فلا خلاف فيه لقوله سبحانه « ولله على الناس حج البيت من استطاع اليه سبيلا » وأما شروط الوجوب فان الشروط فيه قسمان شروط صحة وشروط وجوب، فاما شروط الصحة فلا خلاف بينهم ان من شروطه الاسلام اذ لا يصح حج من ليس بمسلم. واختلفوا في صحة وقوعه من الصبى فذهب مالك والشافعى الى جواز ذلك ومنع منه

أبو حنيفة ☆ وسبب الخلاف معارضة الاثر في ذلك للاصول وذلك ان من أجاز ذلك أخذ فيه بحديث ابن عباس المشهور خرجه البخارى ومسلم وفيه ان امرأة رفعت اليه عليه الصلاة والسلام صبياً فقالت ألهذا حج يارسول الله قال نعم ولك أجر ومن منع ذلك تمسك بان الاصل هو أن العبادة لاتصح من غير عاقل وكذلك اختلف أصحاب مالك في صحة وقوعها من الطفل الرضيع وينبغى ان لا يختلف في صحة وقوعه ممن يصح وقوع الصلاة منه وهو كما قال عليه الصلاة والسلام من السبع الى العشر وأما شروط الوجوب فيشترط فيها الاسلام على القول بان الكفار مخاطبون بشرائع الاسلام ولا خلاف في اشتراط الاستطاعة في ذلك لقوله تعالى « من استطاع اليه سبيلا » وان كان في تفصيل ذلك اختلاف وهي بالجملة تتصور على نوعين مباشرة ونيابة فاما المباشرة فلا خلاف عندهم ان من شرطها الاستطاعة بالبدن والمال مع الامن. واختلفوا في تفصيل الاستطاعة بالبدن والمال فقال الشافعي وأبو حنيفة وأحمد وهو قول ابن عباس وعمر بن الخطاب ان من شرط ذلك الزاد والراحلة وقال مالك من استطاع المشي فليس وجود الراحلة من شرط الوجوب في حقه بل يجب عليه الحج وكذلك ليس الزاد عنده من شرط الاستطاعة اذا كان ممن يمكنه الاكتساب في طريقه ولو بالسؤال ☆ والسبب في هذا الخلاف معارضة الاثر الوارد في تفسير الاستطاعة لعموم لفظها وذلك انه ورد أثر عنه عليه الصلاة والسلام أنه سئل ما الاستطاعة فقال الزاد والراحلة فحمل أبو حنيفة والشافعي ذلك على كل مكلف وحمله مالك على من لايستطيع المشي ولا له قوة على الاكتساب في طريقه وانما اعتقد الشافعي هذا الرأى لان من مذهبه اذا ورد الكتاب مجملا فوردت السنة بتفسير ذلك المجمل انه ليس ينبغى العدول عن ذلك بتفسير. وأما وجوبه باستطاعة النيابة مع العجز عن المباشرة فعند مالك وأبى حنيفة انه لاتلزم النيابة اذا استطيعت مع العجز عن المباشرة، وعند الشافعي انها تلزم فيلزم على مذهبه الذى عنده مال يقدر أن يحج به عنه غيره اذا لم يقدر هو ببدنه ان يحج عنه غيره بماله وان وجد من يحج عنه بماله وبدنه من أخ أو قريب سقط ذلك عنه وهي المسئلة التي يعرفونها بالمعصوب وهو الذى لايثبت على الراحلة وكذلك عنده الذى يأتيه الموت ولم يحج يلزم ورثته عنده أن يخرجوا من ماله ما يحج به عنه ☆ وسبب الخلاف في هذا معارضة القياس للاثر وذلك ان القياس يقتضى ان العبادات لاينوب فيها أحد عن أحد فانه لايصلى أحد عن أحد باتفاق ولايزكى أحد عن أحد . واما الاثر المعارض لهذا فحديث ابن عباس المشهور خرجه الشيخان وفيه ان امرأة من خثعم قالت لرسول الله صلى الله عليه وسلم يارسول الله فريضة الله في الحج على عباده ادركت ابى شيخا كبيرا لا يستطيع

ان يثبت على الراحلة أفأحج عنه قال نعم وذلك في حجة الوداع فهذا في الحي وأما في الميت فحديث ابن عباس أيضا خرجه البخاري قال جاءت امرأة من جهينة الى النبي صلى الله عليه وسلم فقالت يارسول الله ان أمي نذرت الحج فماتت أفأحج عنها قال حجي عنها أرأيت لو كان عليها دين أكنت قاضيته دين الله أحق بالقضاء ولا خلاف بين المسلمين انه يقع عن الغير تطوعاً وانما الخلاف في وقوعه فرضاً. واختلفوا من هذا الباب في الذي يحج عن غيره سواء كان حياً أو ميتا هل من شرطه أن يكون قد حج عن نفسه أم لا فذهب بعضهم الى ان ذلك ليس من شرطه وان كان قد أدى الفرض عن نفسه فذلك أفضل وبه قال مالك فيمن يحج عن الميت لأن الحج عنده عن الحي لايقع وذهب آخرون الى ان من شرطه أن يكون قد قضى فريضة نفسه وبه قال الشافعي وغيره انه ان حج عن غيره من لم يقض فرض نفسه انقلب الى فرض نفسه وعمدة هؤلاء حديث ابن عباس عن النبي صلى الله عليه وسلم سمع رجلا يقول: لبيك عن شبرمة قال ومن شبرمة فقال أخ لي أو قال قريب لي قال أحججت عن نفسك قال لا قال فحج عن نفسك ثم حج عن شبرمة والطائفة الاولى عللت هذا الحديث بانه قد روى موقوفا على ابن عباس. واختلفوا من هذا الباب في الرجل يؤاجر نفسه في الحج فكره ذلك مالك والشافعي وقالا ان وقع ذلك جاز ولم يجز ذلك أبوحنيفة وعمدته انه قربة الى الله عزّ وجل فلاتجوز الاجارة عليه وعمدة الطائفة الاولى اجماعهم على جواز الاجارة في كتب المصاحف وبناء المساجد وهي قربة والاجارة في الحج عند مالك نوعان . أحدهما الذي يسميه أصحابه على البلاغ وهو الذي يؤاجر نفسه على مايبلغه من الزاد والراحلة فان نقص ماأخذه عن البلاغ وفاه مايبلغه وان فضل عن ذلك شيء رده . والثاني على سنة الاجارة ان نقص شيء وفاه من عنده وان فضل شيء فله. والجمهور على أن العبد لايلزمه الحج حتى يعتق وأوجبه عليه بعض أهل الظاهر فهذه معرفة على من تجب هذه الفريضة وممن تقع . وأما متى يجب فانهم اختلفوا هل هي على الفور أو على التراخي والقولان متاولان على مالك وأصحابه والظاهر عند المتاخرين من أصحابه أنها على التراخي وبالقول أنها على الفور قال البغداديون من أصحابه. واختلف في ذلك قول أبي حنيفة وأصحابه والمختار عندهم انه على الفور. وقال الشافعي هو على التوسعة وعمدة من قال هو على التوسعة ان الحج فرض قبل حج النبي صلى الله عليه وسلم بسنين فلو كان على الفور لما أخره النبي عليه الصلاة والسلام ولو أخره لعذر لبينه وحجة الفريق الثاني انه لما كان مختصا بوقت كان الاصل تأثيم تاركه حتى يذهب الوقت أصله وقت الصلاة والفرق عند الفريق الثاني بينه وبين الامر بالصلاة انه لا يتكرر وجوبه بتكرار الوقت والصلاة يتكرر

وجوبها بتكرار الوقت وبالجملة فمن شبه أول وقت من أوقات الحج الطارئة على المكلف المستطيع بأول الوقت من الصلاة قال هو على التراخى ومن شبهه بآخر الوقت من الصلاة قال هو على الفور ووجه شبهه بآخر الوقت انه ينقضى بدخول وقت لا يجوز فيه فعله كما ينقضى وقت الصلاة بدخول وقت ليس يكون فيه المصلى مؤديا ويحتج هؤلاء بالغرر الذى يلحق المكلف بتأخيره الى عام آخر بما يغلب على الظن من امكان وقوع الموت فى مدة من عام ويرون انه بخلاف تأخير الصلاة من أول الوقت الى آخره لان الغالب انه لا يموت أحد فى مقدار ذلك الزمان الا نادرا وربما قالوا ان التأخير فى الصلاة يكون مع مصاحبة الوقت الذى يؤدى فيه الصلاة والتأخير ههنا يكون مع دخول وقت لا تصح فيه العبادة فهو ليس يشبهه فى هذا الامر المطلق وذلك ان الامر المطلق عند من يقول انه على التراخى ليس يؤدى التراخى فيه الى دخول وقت لا يصح فيه وقوع المأمور فيه كما يؤدى التراخى فى الحج اذا دخل وقته فأخره المكلف الى قابل فليس الاختلاف فى هذه المسئلة من باب اختلافهم فى مطلق الامر هل هو على الفور أو على التراخى كما قد يظن. واختلفوا من هذا الباب هل من شرط وجوب الحج على المرأة ان يكون معها زوج او ذو محرم منها يطاوعها على الخروج معها الى السفر للحج فقال مالك والشافعى ليس من شرط الوجوب ذلك وتخرج المراة الى الحج اذا وجدت رفقة مأمونة. وقال أبو حنيفة واحمد وجماعة وجود ذى المحرم ومطاوعته لها شرط في الوجوب *

وسبب الخلاف معارضة الامر بالحج والسفر اليه للنهى عن سفر المرأة ثلاثا الا مع ذى محرم وذلك انه ثبت عنه عليه الصلاة والسلام من حديث أبى سعيد الخدرى وأبى هريرة وابن عباس وابن عمر انه قال عليه الصلاة والسلام « لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الاخر ان تسافر الا مع ذى محرم فمن غلب عموم الامر قال تسافر للحج وان لم يكن معها ذو محرم ومن خصص العموم بهذا الحديث أو رأى انه من باب تفسير الاستطاعة قال لا تسافر للحج الا مع ذى محرم فقد قلنا في وجوب هذا النسك الذى هو الحج وباى شيء يجب وعلى من يجب ومتى يجب وقد بقى من هذا الباب القول فى حكم النسك الذى هو العمرة فان قوما قالوا أنه واجب وبه قال الشافعى واحمد وابو ثور وابو عبيد والثورى والاوزاعى وهو قول ابن عباس من الصحابة وجماعة من التابعين وقال مالك وجماعة هى سنة وقال أبو حنيفة هى تطوع وبه قال أبو ثور وداود. فمن أوجبها احتج بقوله تعالى (وأتموا الحج والعمرة لله) وبآثار مروية منها ماروى عن ابن عمر عن أبيه: قال دخل أعرابى حسن الوجه أبيض الثياب على رسول الله صلى الله عليه

وسلم فقال ماالاسلام يارسول الله فقال أن تشهد أن لااله الاالله وأن محمدا رسول الله وتقيم الصلاة وتؤتى الزكاة وتصوم شهر رمضان وتحج وتعتمر وتغتسل من الجنابة وذكر عبد الرزاق قال أخبرنا معمر عن قتادة انه كان يحدث أنه لما نزلت ولله على الناس حج البيت من استطاع اليه سبيلا قال رسول الله صلى الله عليه وسلم اثنان حجة وعمرة فمن قضاهما فقد قضى الفريضة وروى عن زيد بن ثابت عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال: الحج والعمرة فريضتان لايضرك بأيهما بدأت وروى عن ابن عباس العمرة واجبة وبعضهم يرفعه الى النبى صلى الله عليه وسلم. وأما حجة الفريق الثانى وهم الذين يرون أنها ليست واجبة فالاحاديث المشهورة الثابتة الواردة في تعديد فرائض الاسلام من غير أن يذكر منها العمرة مثل حديث ابن عمر بنى الاسلام على خمس فذكر الحج مفردا ومثل حديث السائل عن الاسلام فان في بعض طرقه وان يحج البيت وربما قالوا ان الامر بالاتمام ليس يقتضى الوجوب لان هذا يخص السنن والفرائض أعنى اذا شرع فيها أن تتم ولا تقطع * واحتج هؤلاء أيضا أعنى من قال انها سنة بآثار منها حديث الحجاج بن ارطاة عن محمد بن المنكدر عن جابر بن عبد الله قال سأل رجل النبى صلى الله عليه وسلم عن العمرة أواجبة هي قال لا ولان تعتمر خير لك قال ابن عمر وليس هو حجة فيما انفرد به وربما احتج من قال انها تطوع بما روى عن أبى صالح الحنفى قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الحج واجب والعمرة تطوع وهو حديث منقطع فسبب الخلاف في هذا هو تعارض الآثار في هذا الباب وتردد الامر بالتمام بين أن يقتضى الوجوب أم لايقتضيه .

القول في الجنس الثانى

(وهو تعريف أفعال هذه العبادة في نوع نوع منها والتروك المشترطة فيها)

وهذه العبادة كما قلنا صنفان حج وعمرة والحج ثلاثة أصناف افراد وتمتع وقران وهي كلها تشتمل على أفعال محدودة في أمكنة محدودة وأوقات محدودة ومنها فرض ومنها غير فرض وعلى تروك تشترط في تلك الافعال ولكل هذه أحكام محدودة اما عند الاخلال بها واما عند الطوارىء المانعة منها فهذا الجنس ينقسم أولا الى القول في الافعال والى القول في التروك. وأما الجنس الثالث فهو الذى يتضمن القول في الاحكام فلنبدأ بالافعال وهذه منها ما تشترك فيه هذه الاربعة الانواع من النسك أعنى أصناف الحج الثلاث والعمرة ومنها ما يختص بواحد واحد منها فلنبدأ

من القول فيها بالمشترك ثم نصير الى ما يخص واحداً واحداً منهافنقول ان الحج والعمرة أول أفعالهما الفعل الذى يسمى الاحرام.

القول في شروط الاحرام

والاحرام شروطه الاول المكان والزمان . أما المكان فهو الذى يسمى مواقيت الحج فلنبدأ بهذا فنقول أن العلماء بالجملة مجمعون على أن المواقيت التى منها يكون الاحرام أما لاهل المدينة فذو الحليفة وأما لاهل الشام فالجحفة ولاهل نجد قرن ولاهل اليمن يلملم لثبوت ذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم من حديث ابن عمر وغيره * واختلفوا في ميقات اهل العراق فقال جمهور فقهاء الامصار ميقاتهم من ذات عرق*وقال الشافعى والثورى ان أهلوا من العقيق كان أحب* واختلفوا فيمن أقته لهم فقالت طائفة عمر بن الخطاب وقالت طائفة بل رسول الله صلى الله عليه وسلم هو الذى أقت لاهل العراق ذات عرق والعقيق وروى ذلك من حديث جابر وابن عباس وعائشة . وجمهور العلماء على ان من يخطىء هذه وقصده الاحرام فلم يحرم الا بعدها ان عليه دما وهؤلاء منهم من قال ان رجع الى الميقات فأحرم منه سقط عنه الدم ومنهم الشافعى،ومنهم من قال لايسقط عنه الدم وان رجع وبه قال مالك وقال قوم ليس عليه دم وقال آخرون ان لم يرجع الى الميقات فسد حجه وأنه يرجع الى الميقات فيهل منه بعمرة وهذا يذكر في الاحكام وجمهور العلماء على ان من كان منزله دونهن فميقات احرامه من منزله. واختلفوا هل الافضل احرام الحاج منهن أو من منزله اذا كان منزله خارجا منهن فقال قوم الافضل له من منزله والاحرام منها رخصة وبه قال الشافعى وأبو حنيفة والثورى وجماعة ، وقال مالك واسحاق وأحمد احرامه من المواقيت أفضل وعمدة هؤلاء الاحاديث المتقدمة وانها السنة التى سنها رسول الله صلى الله عليه وسلم فهى أفضل وعمدة الطائفة الاخرى أن الصحابة قد أحرمت من قبل الميقات ابن عباس وابن عمر وابن مسعود وغيرهم قالوا وهم أعرف بالسنة وأصول أهل الظاهر تقتضى أن لايجوز الاحرام الا من الميقات الا أن يصح اجماع على خلافه.واختلفوا فيمن ترك الاحرام من ميقاته وأحرم من ميقات آخر غير ميقاته مثل أن يترك أهل المدينة الاحرام من ذى الحليفة ويحرموا من الجحفة فقال قوم عليه دم. وممن قال به مالك وبعض أصحابه وقال أبو حنيفة ليس عليه شيء * وسبب الخلاف هل هو من النسك الذى يجب في تركه الدم أم لا ولا خلاف أنه يلزم الاحرام من مر بهذه المواقيت ممن أراد الحج أو العمرة . وأما من لم يردهما ومر بهما فقال

قوم كل من مر بهما يلزمه الاحرام الا من يكثر ترداده مثل الحطابين وشبههم وبه قال مالك وقال قوم لا يلزم الاحرام بها الا لمريد الحج أو العمرة وهذا كله لمن ليس من أهل مكة . وأما أهل مكة فانهم يحرمون بالحج أو بالعمرة يخرجون الى الحل ولابد وأما متى يحرم بالحج أهل مكة فقيل اذا رأوا الهلال وقيل اذا خرج الناس الى منى فهذا هو ميقات المكان المشترط لانواع هذه العبادة.

(القول في ميقات الزمان)

وأما ميقات الزمان فهو محدود أيضا في أنواع الحج الثلاث وهو شوال وذو القعدة وتسع من ذي الحجة باتفاق، وقال مالك ثلاثة الاشهر كلها محل للحج، وقال الشافعي الشهران وعشر من ذي الحجة، وقال ابو حنيفة عشر فقط ودليل قول مالك عموم قوله سبحانه الحج أشهر معلومات فوجب ان يطلق على جميع أيام ذي الحجة أصله انطلاقه على جميع أيام شوال وذي القعدة ودليل الفريق الثاني انقضاء الاحرام قبل تمام الشهر الثالث بانقضاء أفعاله الواجبة وفائدة الخلاف تأخر طواف الافاضة الى آخر الشهر وان أحرم بالحج قبل أشهر الحج كرهه مالك ولكن صح احرامه عنده وقال غيره لايصح احرامه وقال الشافعي ينعقد احرامه احرام عمرة فمن شبهه بوقت الصلاة قال لايقع قبل الوقت ومن اعتمد عموم قوله تعالى (واتموا الحج والعمرة لله) قال متى احرم انعقد احرامه لانه مأمور بالاتمام وربما شبهوا الحج في هذا المعنى بالعمرة وشبهوا ميقات الزمان بميقات العمرة فاما مذهب الشافعي فهو مبني على ان من التزم عبادة في وقت نظيرتها انقلبت الى النظير مثل أن يصوم نذراً في أيام رمضان وهذا الاصل فيه اختلاف في المذهب. وأما العمرة فان العلماء اتفقوا على جوازها في كل أوقات السنة لانها كانت في الجاهلية لاتصنع في أيام الحج وهو معنى قوله عليه الصلاة والسلام : دخلت العمرة في الحج الى يوم القيامة وقال أبو حنيفة تجوز في كل السنة الا يوم عرفة ويوم النحر وأيام التشريق فانها تكره. واختلفوا في تكريرها في السنة الواحدة مرارا فكان مالك يستحب عمرة في كل سنة ويكره وقوع عمرتين عنده وثلاثا في السنة الواحدة، وقال الشافعي وأبو حنيفة لاكراهية في ذلك فهذا هو القول في شروط الاحرام الزمانية والمكانية وينبغي بعد ذلك أن نصير الى القول في الاحرام وقبل ذلك ينبغي أن نقول في تروكه ثم نقول بعد ذلك في الافعال الخاصة بالمحرم الى حين احلاله وهي أفعال الحج كلها وتروكه ثم نقول في أحكام الاخلال بالتروك والافعال ولنبدأ بالتروك .

(القول في التروك وهو ما يمنع الاحرام من الامور المباحة للحلال)

والاصل فى هذا الباب ما ثبت من حديث مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أن رجلا سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم ما يلبس المحرم من الثياب فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : لاتلبسوا القميص ولا العمائم ولا السراويلات ولا البرانس ولا الخفاف الا أحد لايجد نعلين فيلبس خفين وليقطعهما أسفل من الكعبين ولا تلبسوا من الثياب شيئا مسه الزعفران ولا الورس فاتفق العلماء على بعض الاحكام الواردة في هذا الحديث واختلفوا في بعضها فما اتفقوا عليه أنه لايلبس المحرم قميصا ولا شيئا مما ذكر في هذا الحديث ولاماكان في معناه من مخيط الثياب وأن هذا مخصوص بالرجال أعنى تحريم لبس المخيط وانه لابأس للمرأة بلبس القميص والدرع والسراويل والخفاف والخمر. واختلفوا فيمن لم يجد غير السراويل هل له لباسها فقال مالك وأبو حنيفة لا يجوز له لباس السراويل وان لبسها افتدى، وقال الشافعي والثوري وأحمد وأبو ثور وداود لاشيء عليه اذا لم يجد ازارا وعمدة مذهب مالك ظاهر حديث ابن عمر المتقدم قال ولو كان فى ذلك رخصة لاستثناها رسول الله صلى الله عليه وسلم كما استثنى فى لبس الخفين وعمدة الطائفة الثانية حديث عمرو بن دينار عن جابر وابن عباس قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : السراويل لمن لم يجد الازار والخف لمن لم يجد النعلين. وجمهور العلماء على اجازة لباس الخفين مقطوعين لمن لم يجد النعلين وقال أحمد جائز لمن لم يجد النعلين أن يلبس الخفين غير مقطوعين أخذا بمطلق حديث ابن عباس وقال عطاء في قطعهما فساد والله لايحب الفساد . واختلفوا فيمن لبسهما مقطوعين مع وجود النعلين فقال مالك عليه الفدية وبه قال أبو ثور وقال أبوحنيفة لافدية عليه والقولان عن الشافعي وسنذكرها فى الاحكام . وأجمع العلماء على ان المحرم لايلبس الثوب المصبوغ بالورس والزعفران لقوله عليه الصلاة والسلام في حديث ابن عمر : لا تلبسوا من الثياب شيئا مسه الزعفران ولا الورس. واختلفوا في المعصفر فقال مالك ليس به بأس فانه ليس بطيب؛ وقال أبو حنيفة والثورى هو طيب وفيه الفدية وحجة أبي حنيفة ما خرجه مالك عن على ان النبي عليه الصلاة والسلام نهى عن لبس القسي وعن لبس المعصفر. وأجمعوا على ان احرام المرأة في وجهها وان لها أن تغطى رأسها وتستر شعرها وان لها أن تسدل ثوبها على وجهها من فوق رأسها سدلا خفيفا تستتر به من نظر الرجال اليها كنحو ماروى عن عائشة انها قالت كنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم ونحن محرمون فاذا مر بنا ركب سدلنا على وجوهنا الثوب من قبل رؤسنا

واذا جاوز الركب رفعناه ولم يأت تغطية وجوههن الا مارواه مالك عن فاطمة بنت المنذر انها قالت كنا نخمر وجوهنا ونحن محرمات مع أسماء بنت أبي بكر الصديق واختلفوا في تخمير المحرم وجهه بعد اجماعهم على انه لايخمر رأسه فروى مالك عن ابن عمر أن مافوق الذقن من الرأس لايخمره المحرم واليه ذهب مالك وروى عنه انه ان فعل ذلك ولم ينزعه مكانه افتدى، وقال الشافعي والثوري واحمد وداود وأبو ثور يخمر المحرم وجهه الى الحاجبين وروى من الصحابة عن عثمان وزيد بن ثابت وجابر وابن عباس وسعد بن أبي وقاص. واختلفوا في لبس القفازين للمرأة فقال مالك ان لبست المرأة القفازين افتدت ورخص فيه الثوري وهو مروى عن عائشة والحجة لمالك ماخرجه أبو داود عن النبي عليه الصلاة والسلام : انه نهى عن النقاب والقفازين وبعض الرواة يرويه مرفوعا عن ابن عمر وصححه بعض رواة الحديث أعني رفعه الى النبي عليه الصلاة والسلام فهذا هو مشهور اختلافهم واتفاقهم في اللباس * واصل الخلاف في هذا كله اختلافهم في قياس بعض المسكوت عنه على المنطوق به واحتمال اللفظ المنطوق به وثبوته أو لاثبوته. وأما الشيء الثاني من المتروكات فهو الطيب وذلك أن العلماء أجمعوا على أن الطيب كله يحرم على المحرم بالحج والعمرة في حال احرامه. واختلفوا في جوازه للمحرم عند الاحرام قبل أن يحرم لما يبقى من أثره عليه بعد الاحرام فكرهه قومه وأجازه آخرون وممن كرهه مالك ورواه عن عمر بن الخطاب وهو قول عثمان وابن عمر وجماعة من التابعين وممن أجازه أبو حنيفة والشافعي والثوري وأحمد وداود والحجة لمالك رحمه الله من جهة الاثر حديث صفوان بن يعلى ثبت في الصحاح وفيه أن رجلا جاء الى النبي صلى الله عليه وسلم بجبة مضمخة بطيب فقال يارسول الله كيف ترى في رجل أحرم بعمرة في جبة بعد ماتضمخ بطيب فانزل الوحي على رسول الله صلى الله عليه وسلم فلما أفاق قال أين السائل عن العمرة آنفاً فالتمس الرجل فاتي به فقال عليه الصلاة والسلام : أما الطيب الذي بك فاغسله عنك ثلاث مرات وأما الجبة فانزعها ثم اصنع ماشئت في عمرتك مما تصنع في حجتك اختصرت الحديث وفقهه هو الذي ذكرت وعمدة الفريق الثاني مارواه مالك عن عائشة انها قالت

كنت أطيب رأس رسول الله صلى الله عليه وسلم لاحرامه قبل أن يحرم ولحله قبل أن يطوف بالبيت واعتل الفريق الاول بما روى عن عائشة انها قالت وقد بلغها انكار ابن عمر تطيب المحرم قبل احرامه يرحم الله أبا عبد الرحمن طيبت رسول الله صلى الله عليه وسلم فطاف على نسائه ثم أصبح محرما قالوا واذا طاف على نسائه اغتسل فانما يبقى عليه أثر ريح الطيب لاجرمه نفسه قالوا ولما كان الاجماع قدانعقد

على ان كل مالايجوز للمحرم ابتداؤه وهو محرم مثل لبس الثياب وقتل الصيد لايجوز له استصحابه وهو محرم فوجب أن يكون الطيب كذلك * فسبب الخلاف تعارض الآثار في هذا الحكم . وأما المتروك الثالث فهو مجامعة النساء وذلك انه أجمع المسلمون على ان وطء النساء على الحاج حرام من حين يحرم لقوله تعالى (فلا رفث ولا فسوق ولا جدال في الحج).
وأما الممنوع الرابع وهو القاء التفث وازالة الشعر وقتل القمل ولكن اتفقوا على انه يجوز له غسل رأسه من الجنابة. واختلفوا في كراهية غسله من غير الجنابة فقال الجمهور لابأس بغسله رأسه وقال مالك بكراهية ذلك وعمدته ان عبدالله بن عمر كان لايغسل رأسه وهو محرم الامن الاحتلام وعمدة الجمهور ماروى مالك عن عبد الله بن حنين أن ابن عباس والمسور بن مخرمة اختلفا بالابواء فقال عبد الله يغسل المحرم رأسه وقال المسور لايغسل المحرم رأسه قال فأرسلني عبد الله بن عباس الى أبي أيوب الانصاري قال فوجدته يغتسل بين القرنين وهو مستتر بثوب فسلمت عليه فقال من هذا فقلت عبد الله بن حنين أرسلني اليك عبد الله بن عباس أسألك كيف كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يغسل رأسه وهو محرم فوضع أبو ايوب يده على الثوب فطأطأ حتى بدا لي رأسه ثم قال لانسان أصبب فصب على رأسه ثم حرك رأسه بيده فأقبل بهما وأدبر ثم قال هكذا رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يفعل وكان عمر يغسل رأسه وهو محرم ويقول مايزيده الماء إلا شعثاً رواه مالك في الموطا وحمل مالك حديث ابي أيوب على غسل الجنابة والحجة له اجماعهم على ان المحرم ممنوع من قتل القمل ونتف الشعر والقاء التفث وهو الوسخ والغاسل رأسه هو إما ان يفعل هذه كلها أو بعضها. واتفقوا على منع غسله رأسه بالخطمي وقال مالك وابو حنيفة ان فعل ذلك افتدى وقال ابو ثور وغيره لاشيء عليه. واختلفوا في الحمام فكان مالك يكره ذلك ويرى ان على من دخله الفدية وقال ابو حنيفة والشافعي والثوري وداود لابأس بذلك وروى عن ابن عباس دخول الحمام وهو محرم من طريقين والاحسن ان يكره دخوله لان المحرم منهي عن القاء التفث . وأما المحظور الخامس فهو الاصطياد وذلك ايضاً مجمع عليه لقوله سبحانه (وحرم عليكم صيد البر مادمتم حرما) وقوله تعالى (لاتقتلوا الصيد وأنتم حرم) وأجمعوا على انه لايجوز له صيده ولا أكل ماصاد هو منه. واختلفوا اذا صاده حلال هل يجوز للمحرم أكله على ثلاثة أقوال ، قول انه يجوز له أكله على الاطلاق وبه قال أبو حنيفة وهو قول عمر بن الخطاب والزبير ، وقال قوم هو محرم عليه على كل حال وهو قول ابن عباس وعلى وعمر وبه قال الثوري ، وقال مالك مالم يصد من أجل المحرم أو من أجل قوم محرمين فهو حلال وما صيد من أجل محرم فهو حرام على المحرم * وسبب اختلافهم تعارض الآثار

في ذلك ، أحدها ما خرجه مالك من حديث أبي قتادة انه كان مع رسول الله صلى الله عليه وسلم حتى اذا كانوا ببعض طريق مكة تخلف مع أصحاب له محرمين وهو غير محرم فرأى حمارا وحشياً فاستوى على فرسه فسأل أصحابه أن يناولوه سوطه فابوا عليه فسألهم رمحه فابوا عليه فاخذه ثم شد على الحمار فقتله فأكل منه بعض أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبى بعضهم فلما أدركوا رسول الله صلى الله عليه وسلم سألوه عن ذلك فقال : انما هي طعمة أطعمكموها الله وجاء أيضا في معناه حديث طلحة بن عبيد الله ذكره النسائي أن عبد الرحمن التيمي قال كنا مع طلحة بن عبيد الله ونحن محرمون فاهدى له ظبي وهو راقد فاكل بعضنا فاستيقظ طلحة فوافق على أكله وقال أكلناه مع رسول الله صلى الله عليه وسلم والحديث الثاني حديث ابن عباس خرجه ايضا مالك انه اهدى لرسول الله صلى الله عليه وسلم حماراً وحشيا وهو بالابواء أو بوادٍ فرده عليه وقال انا لم نرده عليك الا انا حرم وللاختلاف سبب آخر وهو هل يتعلق النهي عن الأكل بشرط القتل أو يتعلق بكل واحد منهما على الانفراد فمن اخذ بحديث ابي قتادة قال ان النهي انما يتعلق بالاكل مع القتل ومن اخذ بحديث ابن عباس قال النهي يتعلق بكل واحد منهما على انفراده فمن ذهب في هذه الاحاديث مذهب الترجيح قال اما بحديث ابي قتادة وأما بحديث ابن عباس ومن جمع بين الاحاديث قال بالقول الثالث قالوا والجمع أولى وأكدوا ذلك بما روى عن جابر عن النبي عليه الصلاة والسلام انه قال : صيد البر حلال لكم وأنتم حرم مالم تصيدوه أو يصاد لكم · واختلفوا في المضطر هل يأكل الميتة أو يصيد في الحرم فقال مالك وابوحنيفة والثوري وزفر وجماعة اذا اضطر أكل الميتة ولحم الخنزير دون الصيد. وقال أبو يوسف يصيد ويأكل وعليه الجزاء والاول أحسن للذريعة وقول ابي يوسف أقيس لان تلك محرمة لعينها والصيد محرم لغرض من الاغراض وما حرم لعلة أخف مما حرم لعينه وما هو محرم لعينه أغلظ فهذه الخمسة اتفق المسلمون على انها من محظورات الاحرام . واختلفوا في نكاح المحرم فقال مالك والشافعي والليث والاوزاعي لا ينكح المحرم ولا ينكح فان نكح فالنكاح باطل وهو قول عمر وعلي بن أبي طالب وابن عمر وزيد بن ثابت ، وقال أبوحنيفة والثوري لا بأس بان ينكح المحرم وان ينكح ☆ والسبب في اختلافهم اختلاف الآثار في ذلك فاحدها ما رواه مالك من حديث عثمان بن عفان انه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا ينكح المحرم ولا ينكح ولا يخطب والحديث المعارض لهذا حديث ابن عباس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نكح ميمونة وهو محرم خرجه أهل الصحيح الا أنه عارضته آثار كثيرة عن ميمونة ان رسول الله صلى الله

عليه وسلم : تزوجها وهو حلال رويت عنها من طرق شتى عن أبى رافع وعن سليمان بن يسار وهو مولاها وعن زيد بن الاصم ويمكن الجمع بين الحديثين بان يحمل الواحد على الكراهية والثانى على الجواز فهذه هي مشهورات ما يحرم على المحرم. وأما متى يحل فسنذكره عند ذكرنا أفعال الحج وذلك أن المعتمر يحل اذا طاف وسعى وحلق. واختلفوا في الحاج على ما سيأتى بعد واذ قد قلنا في تروك المحرم فلنقل في أفعاله .

(القول في أنواع هذا النسك)

والمحرمون اما محرم بعمرة مفردة أو محرم بحج مفرد أو جامع بين الحج والعمرة وهذان ضربان اما متمتع واما قارن فينبغى اولا ان نجرد أصناف هذه المناسك الثلاث ثم نقول ما يفعل المحرم في كلها وما يخص واحدا واحدا منها ان كان هنالك ما يخص وكذلك نفعل فيما بعد الاحرام من أفعال الحج .

(القول في شرح أنواع هذه المناسك)

فنقول ان الافراد هو ما يتعرى عن صفات التمتع والقران فلذلك يجب ان نبدأ أولا بصفة التمتع ثم نردف ذلك بصفة القران .

(القول في المتمتع)

فنقول ان العلماء اتفقوا على ان هذا النوع من النسك الذى هو المعنى بقوله سبحانه (فمن تمتع بالعمرة الى الحج فما استيسر من الهدى) هو ان يهل الرجل بالعمرة في أشهر الحج من الميقات وذلك اذا كان مسكنه خارجا عن الحرم ثم يأتى حتى يصل البيت فيطوف لعمرته ويسعى ويحلق في تلك الاشهر بعينها ثم يحل بمكة ثم ينشىء الحج في ذلك العام بعينه وفي تلك الاشهر بعينها من غير أن ينصرف الى بلده الا ما روى عن الحسن انه كان يقول هو متمتع وان عاد الى بلده ولم يحج أى عليه هدى التمتع المنصوص عليه فى قوله تعالى (فمن تمتع بالعمرة الى الحج فما استيسر من الهدى) لانه كان يقول عمرة في أشهر الحج متعة، وقال طاوس من اعتمر في غير أشهر الحج ثم أقام حتى يحج وحج من عامه انه متمتع. واتفق العلماء على ان من لم يكن من حاضرى المسجد الحرام فهو متمتع. واختلفوا في المكى هل يقع منه التمتع أم لا يقع والذين قالوا انه يقع منه اتفقوا على انه ليس عليه دم لقوله تعالى (ذلك لمن لم يكن أهله حاضرى المسجد الحرام) واختلفوا فيمن هو حاضر بالمسجد الحرام ممن ليس هو فقال مالك حاضروا المسجد الحرام هم أهل مكة وذى طوى وما كان مثل ذلك من مكة ، وقال أبو حنيفة هم أهل المواقيت فمن دونهم الى مكة . وقال الشافعى بمصر من

كان بينه وبين مكة ليلتان وهو أقل المواقيت،وقال أهل الظاهر من كان ساكن الحرم. وقال الثورى هم أهل مكة فقط وأبو حنيفة يقول ان حاضرى المسجدالحرام لايقع منهم التمتع وكره ذلك مالك * وسبب الاختلاف اختلاف مايدل عليه اسم حاضرى المسجد الحرام بالاقل والاكثر ولذلك لايشك ان أهل مكة هم من حاضرى المسجد الحرام كالا يشك ان من خارج المواقيت ليس منهم فهذا هو نوع التمتع المشهور ومعنى التمتع أنه تمتع بتحاله بين النسكين وسقوط السفر عنه مرة ثانية الى النسك الثانى الذى هو الحج وهنا نوعان من التمتع اختلف العلماء فيهما ، أحدهما فسخ الحج فى عمرة وهو تحويل النية من الاحرام بالحج الى العمرة فجمهور العلماء يكرهون ذلك من الصدر الاول وفقهاء الامصار وذهب ابن عباس الى جواز ذلك وبه قال أحمدوداود وكلهم متفقون ان رسول الله صلى الله عليه وسلم امر اصحابه عام حج بفسخ الحج فى العمرة وهو قوله عليه الصلاة والسلام : لواستقبلت من أمرى مااستدبرت لما سقت الهدى ولجعلتها عمرة وأمره لمن لم يسق الهدى من أصحابه أن يفسخ اهلاله فى العمرة و بهذا تمسك أهل الظاهر.والجمهور رأوا ذلك من باب الخصوص لاصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم واحتجوا بما روى عن ربيعة بن أبى عبد الرحمن عن الحارث ابن بلال بن الحارث المدنى عن أبيه قال قلت يارسول الله افسخ لنا خاصة أم لمن بعدنا، قال لنا خاصة وهذا لم يصح عند أهل الظاهر صحة يعارض بها العمل المتقدم وروى عن عمر انه قال متعتان كانتا على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم انا أنهى عنهما وأعاقب عليهما متعة النساء ومتعة الحج وروى عن عثمان أنه قال متعة الحج كانت لنا وليست لكم وقال أبو ذر ماكان لاحد بعدنا أن يحرم بالحج ثم يفسخه فى عمرة هذا كله مع ظاهر قوله تعالى (وأتموا الحج والعمرة لله) والظاهرية على أن الاصل اتباع فعل الصحابة حتى يدل دليل من كتاب الله أو سنة ثابتة على انه خاص * فسبب الاختلاف هل فعل الصحابة محمول على العموم أو على الخصوص . وأما النوع الثانى من التمتع فهو ما كان يذهب اليه ابن الزبير أن التمتع الذى ذكره الله هو تمتع المحتضر بمرض أو عدو وذلك اذا خرج الرجل حاجا فحبسه عدو أو أمر تعذر به عليه الحج حتى تذهب أيام الحج فيأتى البيت فيطوف ويسعى بين الصفا والمروة ويحل ثم يتمتع بحله الى العام المقبل ثم يحج ويهدى وعلى هذا القول ليس يكون التمتع المشهور اجماعا، وشذ طاوس أيضا فقال ان المكى اذا تمتع من بلد غير مكة كان عليه الهدى.واختلف العلماء فيمن أنشأ عمرة فى غير أشهر الحج ثم عملها فى أشهر الحج ثم حج من عامه ذلك فقال مالك عمرته فى الشهر الذى حل فيه فان كان حل فى أشهر الحج فهو متمتع وان كان حل فى غير أشهر الحج فليس بمتمتع وبقريب منه قال أبو حنيفة

والشافعي والثوري الا أن الثوري اشترط أن يوقع طوافه كله في شوال وبه قال الشافعي، وقال أبو حنيفة ان طاف ثلاثة أشواط فى رمضان وأربعة في شوال كان متمتعا وان كان عكس ذلك لم يكن متمتعا أعني ان يكون طاف أربعة أشواط في رمضان وثلاثة في شوال وقال أبو ثور اذا دخل فى العمرة في غير أشهر الحج فسواء طاف لها في أشهر الحج وفى غير أشهر الحج لا يكون متمتعا ۞ وسبب الاختلاف هل يكون متمتعا بايقاع احرام العمرة في أشهر الحج فقط أم بايقاع الطواف معه ثم ان كان بايقاع الطواف معه فهل بايقاعه كله أم اكثره . فابو ثور يقول لا يكون متمتعا الا بايقاع الاحرام في أشهر الحج لان بالاحرام تنعقد العمرة والشافعي يقول الطواف هو أعظم اركانها فوجب أن يكون به متمتعا فالجمهور على أن من أوقع بعضها فى أشهر الحج كمن أوقعها كلها وشروط التمتع عند مالك ستة . أحدها ان يجمع بين العمرة والحج في شهر واحد . والثاني أن يكون ذلك في عام واحد. والثالث أن يفعل شيئا من العمرة في أشهر الحج . والرابع أن يقدم العمرة على الحج . والخامس أن ينشيء الحج بعد الفراغ من العمرة واحلاله منها . والسادس أن يكون وطنه غير مكة فهذه هي صورة التمتع والاختلاف المشهور فيه والاتفاق .

(القول في القارن)

وأما القران فهو أن يهل بالنسكين معا أو يهل بالعمرة في أشهر الحج ثم يردف ذلك بالحج قبل أن يحل من العمرة. واختلف أصحاب مالك في الوقت الذي يكون ذلك له فيه فقيل ذلك له ما لم يشرع في الطواف ولو شوطا واحدا وقيل ما لم يطف ويركع ويكره بعد الطواف وقبل الركوع فان فعل لزمه ؛ وقيل له ذلك ما بقي عليه شيء من عمل العمرة من طواف أو سعي ما خلا انهم اتفقوا على انه اذا أهل بالحج ولم يبق عليه من أفعال العمرة الا الحلاق فانه ليس بقارن. والقارن الذي يلزمه هدى المتمتع هو عند الجمهور من غير حاضري المسجد الحرام الا ابن الماجشون من أصحاب مالك فان القارن من أهل مكة عنده عليه الهدى . وأما الافراد فهو ما تعرى من هذه الصفات وهو أن لا يكون متمتعا ولا قارنا بل أن يهل بالحج فقط . وقد اختلف العلماء أي افضل هل الافراد أو القران أو التمتع ۞ والسبب في اختلافهم اختلافهم فيما فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم من ذلك وذلك انه روى عنه عليه الصلاة والسلام انه كان مفرداً وروى أنه تمتع وروى عنه أنه كان قارنا فاختار مالك الافراد واعتمد في ذلك على ماروى عن عائشة انها قالت خرجنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم عام حجة الوداع فمنا من أهل بعمرة ومنا من أهل بحج

وعمرة وأهل رسول الله صلى الله عليه وسلم بالحج ورواه عن عائشة من طرق كثيرة قال أبو عمر بن عبد البر وروى الافراد عن النبي صلى الله عليه عن جابر بن عبد الله من طرق شتى متواترة صحاح وهو قول أبي بكر وعمر وعثمان وعائشة وجابر والذين رأوا أن النبي صلى الله عليه وسلم كان متمتعا احتجوا بما رواه الليث عن عقيل عن ابن شهاب عن سالم عن ابن عمر قال تمتع رسول الله صلى الله عليه وسلم في عام حجة الوداع بالعمرة الى الحج وأهدى وساق الهدى معه من ذى الحليفة وهو مذهب عبد الله بن عمر وابن عباس وابن الزبير. واختلف عن عائشة في التمتع والافراد واعتمد من رأى أنه عليه الصلاة والسلام كان قارنا أحاديث كثيرة منها حديث ابن عباس عن عمر بن الخطاب قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول وهو بوادى العقيق : أتانى الليلة آت من ربى فقال أهل في هذا الوادى المبارك وقال عمرة فى حجة خرجه البخارى وحديث مروان بن الحكم قال : شهدت عثمان وعليا وعثمان ينهى عن المتعة وان يجمع بينهما فلما رأى ذلك على أهل بهما لبيك بعمرة وحجة وقال ماكنت لادع سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم لقول أحد خرجه البخارى وحديث أنس خرجه البخارى أيضا قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : لبيك عمرة وحجة وحديث مالك عن ابن شهاب عن عروة عن عائشة قالت : خرجنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم عام حجة الوداع فأهللنا بعمرة ثم قال رسول الله : من كان معه هدى فليهل بالحج مع العمرة ثم لا يحل حتى يحل منهما جميعا واحتجوا فقالوا ومعلوم انه كان معه صلى الله عليه وسلم هدى ويبعد أن يأمر بالقران من معه هدى ويكون معه الهدى ولا يكون قارنا وحديث مالك أيضا عن نافع عن ابن عمر عن حفصة عن النبي عليه الصلاة والسلام انه قال : انى قلدت هديى ولبدت رأسى فلا أحل حتى انحر هديى وقال أحمد لا أشك أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان قارنا والتمتع أحب الى واحتج في اختياره التمتع بقوله عليه الصلاة والسلام : لواستقبلت من أمرى مااستدبرت ماسقت الهدى ولجعلتها عمرة واحتج من طريق المعنى من رأى ان الافراد أفضل ان التمتع والقران رخصة ولذلك وجب فيهما الدم واذ قلنا في وجوب هذا النسك وعلى من يجب وما شروط وجوبه ومتى يجب وفي أى وقت يجب ومن أى مكان يجب وقلنا بعد ذلك فيما يجتنبه المحرم بما هو محرم ثم قلنا أيضا في أنواع هذا النسك يجب أن نقول في أول أفعال الحاج أو المعتمر وهو الاحرام .

(القول في الاحرام)

واتفق جمهور العلماء على أن الغسل للاهلال سنة وانه من أفعال المحرم حتى قال ابن نوار أن هذا الغسل للاهلال عند مالك أوكد من غسل الجمعة، وقال أهل الظاهر هو واجب، وقال أبو حنيفة والثورى يجزى منه الوضوء وحجة أهل الظاهر مرسل مالك من حديث أسماء بنت عميس انها ولدت محمد بن أبى بكر بالبيداء فذكر ذلك أبو بكر لرسول الله صلى الله عليه وسلم فقال: مرها فلتغتسل ثم لتهل والامر عندهم على الوجوب وعمدة الجمهور ان الاصل هو براءة الذمة حتى يثبت الوجوب بامر لامدفع فيه وكان عبد الله بن عمر يغتسل لاحرامه قبل ان يحرم ولدخوله مكة ولوقوفه عشية يوم عرفة ومالك يرى هذه الاغتسالات الثلاث من أفعال المحرم. واتفقوا على ان الاحرام لايكون الا بنية. واختلفوا هل تجزى النية فيه من غير التلبية فقال مالك والشافعى تجزى النية من غير التلبية، وقال أبو حنيفة التلبية في الحج كالتكبيرة فى الاحرام بالصلاة الا أنه يجزى عنده كل لفظ يقوم مقام التلبية كما يجزى عنده في افتتاح الصلاة كل لفظ يقوم مقام التكبير وهو كل مايدل على التعظيم. واتفق العلماء على ان لفظ تلبية رسول الله صلى الله عليه وسلم لبيك اللهم لبيك لبيك لاشريك لك لبيك ان الحمد والنعمة لك والملك لاشريك لك وهي من رواية مالك عن نافع عن ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم وهو أصح سند واختلفوا في هل هي واجبة بهذا اللفظ أم لا فقال أهل الظاهر هي واجبة بهذا اللفظ ولا خلاف عند الجمهور في استحباب هذا اللفظ وانما اختلفوا في الزيادة عليه أو في تبديله وأوجب أهل الظاهر رفع الصوت بالتلبية وهو مستحب عند الجمهور لما رواه مالك أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: أتاني جبريل فأمرنى ان آمر أصحابى ومن معى أن يرفعوا أصواتهم بالتلبية وبالاهلال. وأجمع أهل العلم على أن تلبية المرأة فيما حكاه أبو عمر هو أن تسمع نفسها بالقول، وقال مالك لايرفع المحرم صوته في مساجد الجماعة بل يكفيه أن يسمع من يليه الا في المسجد الحرام ومسجد منى فانه يرفع صوته فيهما واستحب الجمهور رفع الصوت عند التقاء الرفاق وعند الاطلال على شرف من الارض. وقال أبو حازم كان أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم لايبلغون الروحاء حتى تبح حلوقهم وكان مالك لايرى التلبية من أركان الحج ويرى على تاركها دما وكان غيره يراها من أركانه وحجة من رآها واجبة أن أفعاله صلى الله عليه وسلم اذا أتت بيانا لواجب أنها محمولة على الوجوب حتى يدل الدليل على غير ذلك لقوله عليه الصلاة والسلام خذوا عنى مناسككم وبهذا يحتج من أوجب لفظه فيها فقط ومن لم تر وجوب لفظه فاعتمد في ذلك

على ماروى من حديث جابر قال أهل رسول الله صلى الله عليه وسلم فذكر التلبية التى في حديث ابن عمر وقال في حديثه والناس يزيدون على ذلك لبيك ذا المعارج ونحوه من الكلام والنبي يسمع ولا يقول شيئا وما روى عن ابن عمر انه كان يزيد في التلبية وعن عمر بن الخطاب وعن أنس وغيره . واستحب العلماء أن يكون ابتداء المحرم بالتلبية باثر صلاة يصليها فكان مالك يستحب ذلك باثر نافلة لما روى من مرسله عن هشام بن عروة عن أبيه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يصلى في مسجد ذى الحليفة ركعتين فاذا استوت به راحلته أهل . واختلفت الآثار في الموضع الذى أحرم منه رسول الله صلى الله عليه وسلم بحجته من أقطار ذى الحليفة فقال قوم من مسجد ذى الحليفة بعد ان صلى فيه ، وقال آخرون انما أحرم حين أطل على البيداء ، وقال قوم انما أهل حين استوت به راحلته وسئل ابن عباس عن اختلافهم فى ذلك فقال كل حدث لا عن أول اهلاله عليه الصلاة والسلام بل عن أول اهلال سمعه وذلك ان الناس يأتون متسابقين فعلى هذا لايكون في هذا اختلاف ويكون الاهلال إثر الصلاة وأجمع فقهاء الامصار على ان المكى لايلزمه الاهلال حتى اذا خرج الى منى ليتصل له عمل الحج وعمدتهم مارواه مالك عن ابن جريج انه قال لعبد الله بن عمر رأيتك تفعل هنا أربعاً لم أر أحداً يفعلها فذكر منها ورأيتك اذا كنت بمكة أهل الناس اذا رأوا الهلال ولم تهل أنت الى يوم التروية فاجابه ابن عمر اما الاهلال فانى لم أر رسول الله صلى الله عليه وسلم يهل حتى تنبعث به راحلته يريد حتى يتصل له عمل الحج وروى مالك ان عمر بن الخطاب كان يأمر أهل مكة أن يهلوا اذا رأوا الهلال ولا خلاف عندهم ان المكى لا يهل الا من جوف مكة اذا كان حاجا واما اذا كان معتمراً فانهم اجمعوا على انه يلزمه أن يخرج الى الحل ثم يحرم منه ليجمع بين الحل والحرم كما يجمع الحاج أعنى لانه يخرج الى عرفة وهو حل وبالجملة فانفقوا على انها سنة المعتمر . واختلفوا ان لم يفعل فقال قوم يجزيه وعليه دم وبه قال أبو حنيفة وابن القاسم ،وقال آخرون لا يجزيه وهو قول الثورى وأشهب . وأمامتى يقطع المحرم التلبية فانهم اختلفوا في ذلك فروى مالك ان على بن أبى طالب رضى الله عنه كان يقطع التلبية اذا زاغت الشمس من يوم عرفة وقال مالك وذلك الامر الذى لم يزل عليه أهل العلم ببلدنا وقال ابن شهاب كانت الأئمة أبو بكر وعمر وعثمان وعلى يقطعون التلبية عند زوال الشمس من يوم عرفة قال أبو عمر بن عبد البر واختلف في ذلك عن عثمان وعائشة وقال جمهور فقهاء الامصار وأهل الحديث وأبو حنيفة والشافعى والثورى وأحمد واسحاق وأبو ثور وداود وابن ابى ليلى وأبو عبيد والطبرى والحسن ابن حي أن المحرم لايقطع التلبية حتى يرمى جمرة العقبة لما ثبت أن رسول الله صلى الله عليه

وسلم : لم يزل يلبى حتى رمى جمرة العقبة الا انهم اختلفوا متى يقطعها فقال قوم اذا رماها باسرها لما روى عن ابن عباس ان الفضل بن عباس كان رديف رسول الله صلى الله عليه وسلم وانه لبى حتى رمى جمرة العقبة وقطع التلبية في آخر حصاة ، وقال قوم بل يقطعها في أول جمرة يلقيها روى ذلك عن ابن مسعود وروى في وقت قطع التلبية أقاويل غير هذه الا ان هذين القولين هما المشهوران . واختلفوا في وقت قطع التلبية بالعمرة فقال مالك يقطع التلبية اذا انتهى الى الحرم وبه قال ابو حنيفة، وقال الشافعي اذا افتتح الطواف وسلف مالك في ذلك ابن عمر وعروة وعمدة الشافعي أن التلبية معناها اجابة الى الطواف بالبيت فلا تنقطع حتى يشرع في العمل ✽ وسبب الخلاف معارضة القياس لفعل بعض الصحابة وجمهور العلماء كما قلنا متفقون على ادخال المحرم الحج على العمرة ويختلفون في ادخال العمرة على الحج وقال ابو ثور لا يدخل حج على عمرة ولا عمرة على حج كما لا تدخل صلاة على صلاة فهذه هي افعال المحرم بما هو محرم وهو أول أفعال الحج وأما الفعل الذى بعد هذا فهو الطواف عند دخول مكة فلنقل في الطواف .

﴿ القول في الطواف بالبيت ﴾

(والكلام في الطواف في صفته وشروطه وحكمه في الوجوب أو الندب وفي أعداده)

﴿ القول في الصفة ﴾

والجمهور مجمعون على ان صفة كل طواف واجبا كان أو غير واجب أن يبتدىء من الحجر الاسود فان استطاع ان يقبله قبله أو يلمسه بيده ويقبلها ان أمكنه ثم يجعل البيت على يساره ويمضى على يمينه فيطوف سبعة أشواط يرمل في الثلاثة الاشواط الاول ثم يمشى في الاربعة وذلك في طواف القدوم على مكة وذلك للحاج والمعتمر دون المتمتع وأنه لا رمل على النساء ويستلم الركن اليمانى وهو الذى على قطر الركن الاسود لثبوت هذه الصفة من فعله صلى الله عليه وسلم واختلفوا في حكم الرمل في الثلاثة الاشواط الاول للقادم هل هو سنة أو فضيلة فقال ابن عباس هو سنة وبه قال الشافعي وأبو حنيفة واسحق وأحمد وأبو ثور واختلف قول مالك في ذلك وأصحابه والفرق بين القولين ان من جعله سنة أوجب في تركه الدم ومن لم يجعله سنة لم يوجب في تركه شيئا واحتج من لم ير الرمل سنة بحديث ابن الطفيل عن ابن عباس قال قلت لابن عباس زعم قومك ان رسول الله صلى الله عليه وسلم حين طاف بالبيت رمل وان ذلك سنة

فقال صدقوا وكذبوا قال قلت ماصدقوا وما كذبوا قال صدقوا رمل رسول الله صلى الله عليه وسلم حين طاف بالبيت وكذبوا ليس بسنة ان قريشا زمن الحديبية قالوا ان به وبأصحابه هزالا وقعدوا على قعيقعان ينظرون الى النبي صلى الله عليه وسلم وأصحابه فبلغ ذلك النبي صلى الله عليه وسلم فقال لاصحابه ارملوا أروهم ان بكم قوة فكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يرمل من الحجر الاسود من اليماني فاذا توارى مشى وحجة الجمهور حديث جابر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رمل الثلاثة الاشواط في حجة الوداع ومشى أربعا وهو حديث ثابت من رواية مالك وغيره قالوا وقد اختلف على أبي الطفيل عن ابن عباس فروى عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم رمل من الحجر الاسود الى الحجر الاسود وذلك بخلاف الرواية الاولى وعلى أصول الظاهرية يجب الرمل لقوله خذوا عني مناسككم وهو قولهم أو قول بعضهم الآن فيما أظن. وأجمعوا على أنه لارمل على من أحرم بالحج من مكة من غير أهلها وهم المتمتعون لانهم قد رملوا في حين دخولهم حين طافوا للقدوم . واختلفوا في أهل مكة هل عليهم اذا حجوا رمل أم لا فقال الشافعي كل طواف قبل عرفة مما يوصل بينه وبين السعي فانه يرمل فيه وكان مالك يستحب ذلك وكان ابن عمر لايرى عليهم رملا اذا طافوا بالبيت على ماروى عنه مالك ✡ وسبب الخلاف هل الرمل كان لعلة أو لغير علة وهل هو مختص بالمسافر أم لا وذلك أنه كان عليه الصلاة والسلام حين رمل واردا على مكة واتفقوا على أن من سنة الطواف استلام الركنين الاسود واليماني للرجال دون النساء . واختلفوا هل تستلم الاركان كلها أم لا فذهب الجمهور الى انه انما يستلم الركنان فقط لحديث ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يكن يستلم الا الركنين فقط واحتج من رأى استلام جميعها بما روى عن جابر قال كنا نرى اذا طفنا أن نستلم الاركان كلها وكان بعض السلف لايحب ان يستلم الركنين الا في الوتر من الاشواط .وكذلك أجمعوا على ان تقبيل الحجر الاسود خاصة من سنن الطواف ان قدر وان لم يقدر على الدخول اليه قبل يده وذلك لحديث عمر بن الخطاب الذى رواه مالك أنه قال وهو يطوف بالبيت حين بلغ الحجر الاسود انما انت حجر ولولا أني رأيت رسول الله قبلك ماقبلتك ثم قبله . وأجمعوا على ان من سنة الطواف ركعتين بعد انقضاء الطواف وجمهورهم على أنه يأتى بها الطائف عند انقضاء كل اسبوع ان طاف أكثر من اسبوع واحد وأجاز بعض السلف أن لايفرق بين الاسابيع وأن لايفصل بينها بركوع ثم يركع لكل أسبوع ركعتين وهو مروى عن عائشة أنها كانت لاتفرق بين ثلاثة الاسابيع ثم تركع ست ركعات وحجة الجمهور أن رسول الله صلى الله عليه وسلم طاف بالبيت سبعا وصلى خلف المقام ركعتين وقال

خذو عنى مناسككم وحجة من أجاز الجمع انه قال المقصود انما هو ركعتان لكل اسبوع والطواف ليس له وقت معلوم ولا الركعتان المسنونتان بعده فجاز الجمع بين أكثر من ركعتين لا كثر من أسبوعين وانما استحب من يرى أن يفرق بين ثلاثة الاسابيع لان رسول الله صلى الله عليه وسلم : انصرف الى الركعتين بعد وتر من طوافه ومن طاف أسابيع غير وتر ثم عاد اليها لم ينصرف عن وتر من طوافه .

(القول في شروطه)

وأما شروطه فان منها حد موضعه وجمهور العلماء على أن الحجر من البيت وان من طاف بالبيت لزمه ادخال الحجر فيه وأنه شرط في صحة طواف الافاضة وقال أبو حنيفة وأصحابه هو سنة وحجة الجمهور مارو ، مالك عن عائشة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : لولا حدثان قومك بالكفر لهدمت الكعبة ولصيرتها على قواعد ابراهيم فانهم تركوا منها سبعة أذرع من الحجر ضاقت بهم النفقة والخشب وهو قول ابن عباس وكان يحتج بقوله تعالى (وليطوفوا بالبيت العتيق) ثم يقول طاف رسول الله صلى الله عليه وسلم من وراء الحجر وحجة أبى حنيفة ظاهر الآية . واما وقت جوازه فانهم اختلفوا فى ذلك على ثلاثة أقوال ؛ أحدها إجازة الطواف بعد الصبح والعصر ومنعه وقت الطلوع والغروب وهو مذهب عمر بن الخطاب وأبى سعيد الخدرى وبه قال مالك وأصحابه وجماعة ، والقول الثانى كراهيته بعد الصبح والعصر ومنعه عند الطلوع والغروب وبه قال سعيد بن جبير ومجاهد وجماعة ، والقول الثالث اباحة ذلك في هذه الاوقات كلها وبه قال الشافعى وجماعة واصول ادلتهم راجعة الى منع الصلاة في هذه الاوقات أو اباحتها . أما وقت الطلوع والغروب فالآثار متفقة على منع الصلاة فيها والطواف هل هو ملحق بالصلاة في ذلك الخلاف ومما احتجت به الشافعية حديث جبير بن مطعم أن النبى عليه الصلاة والسلام قال : يابنى عبد مناف أو يابنى عبد المطلب ان وليتم من هذا الامر شيأ فلا تمنعوا أحدا طاف بهذا البيت ان يصلى فيه أى ساعة شاء من ليل أو نهار رواه الشافعى وغيره عن ابن عيينة بسنده الى جبير بن مطعم . واختلفوا في جواز الطواف بغير طهارة مع اجماعهم على ان من سنته الطهارة فقال مالك والشافعى لايجزى طواف بغير طهارة لاعمداً ولاسهوا وقال أبو حنيفة يجزى ويستحب له الاعادة وعليه دم ، وقال ابو ثور اذا طاف على غير وضوء اجزاه طوافه ان كان لايعلم ولايجزئه ان كان يعلم والشافعى يشترط طهارة ثوب الطائف كاشتراط ذلك للمصلى وعمدة من شرط الطهارة في الطواف قوله صلى الله عليه وسلم

الحائض وهى اسماء بنت عميس : اصنعي مايصنع الحاج غير ان لاتطوفى بالبيت وهو حديث صحيح وقد يحتجون أيضا بماروى انه صلى الله عليه وسلم قال : الطواف بالبيت صلاة الا أن الله احل فيه النطق فلا ينطق الا بخير وعمدة من أجاز الطواف بغير طهارة اجماع العلماء على جواز السعى بين الصفا والمروة من غير طهارة وانه ليس كل عبادة يشترط فيها الطهر من الحيض من شرطها الطهر من الحدث أصله الصوم .

(القول في اعداده وأحكامه)

وأما اعداده فان العلماء اجمعوا على ان الطواف ثلاثة أنواع ، طواف القدوم على مكة ، وطواف الافاضة بعد رمى جمر العقبة يوم النحر ، وطواف الوداع واجمعوا على ان الواجب منها الذى يفوت الحج بفواته هو طواف الافاضة وانه المعنى بقوله تعالى (ثم ليقضوا تفثهم وليوفوانذورهم وليطوفوا بالبيت العتيق) وأنه لايجزىء عنه دم وجمهورهم على انه لا يجزىء طواف القدوم على مكة عن طواف الافاضة اذ انسى طواف الافاضة لكونه قبل يوم النحر ، وقالت طائفة من أصحاب مالك ان طواف القدوم يجزىء عن طواف الافاضة كانهم رأوا أن الواجب انما هو طواف واحد وجهور العلماء على ان طواف الوداع يجزىء عن طواف الافاضة ان لم يكن طاف طواف الافاضة لانه طواف بالبيت معمول في وقت طواف الوجوب الذى هو طواف الافاضة بخلاف طواف القدوم الذى هو قبل وقت طواف الافاضة وأجمعوا فيما حكاه أبو عمر بن عبد البر أن طواف القدوم والوداع من سنة الحاج الا لخائف فوات الحج فانه يجزىء عنه طواف الافاضة واستحب جماعة من العلماء لمن عرض له هذا ان يرمل فى الاشواط الثلاثة من طواف الافاضة على سنة طواف القدوم من الرمل.وأجمعوا على ان المكى ليس عليه الاطواف الافاضة كما اجمعوا على انه ليس على المعتمر الاطواف القدوم. واجمعوا ان من تمتع بالعمرة الى الحج ان عليه طوافين . طوافا للعمرة لحله منها . وطوافا للحج يوم النحر على مافى حديث عائشة المشهور . واما المفرد للحج فليس عليه الاطواف واحد كما قلنا يوم النحر.واختلفوا في القارن فقال مالك والشافعى وأحمد وأبو ثور يجزىء القارن طواف واحد وسعى واحد وهو مذهب عبد الله بن عمر وجابر وعمدتهم حديث عائشة المتقدم وقال الثورى والاوزاعى وأبو حنيفة وابن أبى ليلى على القارن طوافان وسعيان ورووا هذا عن على وابن مسعود لانهما نسكان من شرط كل واحد منهما اذا انفرد طوافه وسعيه فوجب ان يكون الامر كذلك اذا اجتمعا فهذا هو القول في وجوب هذا الفعل وصفته وشروطه

وعدده ووقته وصفته والذى يتلو هذا الفعل من أفعال الحج أعنى طواف القدوم هو السعى بين الصفا والمروة وهو الفعل الثالث للاحرام فلنقل فيه .

﴿القول في السعي بين الصفا والمروة﴾

﴿ والقول فى السعى فى حكمه وفى صفته وفى شروطه وفي ترتيبه ﴾

﴿القول فى حكمه﴾

أما حكمه فقال مالك والشافعى هو واجب وان لم يسع كان عليه حج قابل وبه قال أحمد واسحاق وقال الكوفيون هو سنة واذا رجع الى بلاده ولم يسع كان عليه دم وقال بعضهم هو تطوع ولاشىء على تاركه فعمدة من أوجبه ماروى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يسعى ويقول اسعوا فان الله كتب عليكم السعى روى هذا الحديث الشافعى عن عبد الله بن المؤمل وأيضا فان الاصل ان افعاله عليه الصلاة والسلام في هذه العبادة محمولة على الوجوب الا ماأخرجه الدليل من سماع أو اجماع أوقياس عند أصحاب القياس وعمدة من لم يوجبه قوله تعالى « ان الصفا والمروة من شعائر الله فمن حج البيت أو اعتمر فلا جناح عليه أن يطوف بهما » قالوا ان معناه أن لايطوف وهى قراءة ابن مسعود وكما قال سبحانه « يبين الله لكم أن تضلوا » معناه أى لاتضلوا وضعفوا حديث ابن المؤمل وقالت عائشة الآية على ظاهرها وانما نزلت فى الانصار تحرجوا ان يسعوا بين الصفا والمروة على ماكانوا يسعون عليه في الجاهلية لانه كان موضع ذبائح المشركين وقد وقيل انهم كانوا لايسعون بين الصفا والمروة تعظيما لبعض الاصنام فسألوا عن ذلك فنزلت هذه الآية مبيحة لهم وانما صار الجمهور الى أنها من أفعال الحج لانها صفة فعله صلى الله عليه وسلم تواترت بذلك الآثار أعنى وصل السعى بالطواف .

﴿القول في صفته﴾

وأما صفته فان جمهور العلماء على أن من سنة السعى بين الصفا والمروة أن ينحدر الراقى على الصفا بعد الفراغ من الدعاء فيمشى على جبلته حتى يبلغ بطن المسيل فيرمل فيه حتى يقطعه الى مايلى المروة فاذا قطع ذلك وجاوزه مشى على سجيته حتى يأتى المروة فيرقى عليها حتى يبدو له البيت ثم يقول عليها نحوا مما قاله من الدعاء والتكبير على الصفا وان وقف أسفل المروة أجزأه

عند جميعهم ثم ينزل عن المروة فيمشى على سجيته حتى ينتهى الى بطن المسيل فاذا انتهى اليه رمل حتى يقطعه الى الجانب الذى يلى الصفا يفعل ذلك سبع مرات يبدأ في كل ذلك بالصفا ويختم بالمروة فان بدأ بالمروة قبل الصفا الغى ذلك الشوط لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم : نبدأ بما بدأ الله به يبدأ بالصفا يريد قوله تعالى « إن الصفا والمروة من شعائر الله » وقال عطاء ان جهل فبدأ بالمروة أجزأ عنه وأجمعوا على أنه ليس في وقت السعى قول محدود فانه موضع دعاء وثبت من حديث جابر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان اذا وقف على الصفاء يكبر ثلاثا ويقول لا إله الا الله وحده لا شريك له له الملك وله الحمد وهو على كل شيء قدير يصنع ذلك ثلاث مرات ويدعو ويصنع على المروة مثل ذلك.

القول في شروطه

وأما شروطه فانهم اتفقوا على أن من شرطه الطهارة من الحيض كالطواف سواء لقوله صلى الله عليه وسلم في حديث عائشة : افعلى كل ما يفعل الحاج غير ان لا تطوفى بالبيت ولا تسعى بين الصفا والمروة انفرد بهذه الزيادة يحيي عن مالك دون من روى عنه هذا الحديث ولا خلاف بينهم ان الطهارة ليست من شرطه الا الحسن فانه شبهه بالطواف.

(القول في ترتيبه)

وأما ترتيبه فان جمهور العلماء اتفقوا على أن السعى انما يكون بعد الطواف وان من سعى قبل أن يطوف بالبيت يرجع فيطوف وان خرج عن مكة فان جهل ذلك حتى أصاب النساء في العمرة او فى الحج كان عليه حج قابل والهدى أو عمرة أخرى وقال الثورى ان فعل ذلك فلا شيء عليه ، وقال أبو حنيفة اذا خرج من مكة فليس عليه أن يعود وعليه دم فهذا هو القول في حكم السعى وصفته وشروطه المشهورة وترتيبه .

(الخروج الى عرفة)

وأما الفعل الذى يلى هذا الفعل للحاج فهو الخروج يوم التروية الى منى والمبيت بها ليلة عرفة . واتفقوا على ان الامام يصلى بالناس بمنى يوم التروية الظهر والعصر والمغرب والعشاء بها مقصورة الا أنهم أجمعوا على أن هذا الفعل ليس

شرطا في صحة الحج لمن ضاق عليه الوقت ثم اذا كان يوم عرفة مشى الامام مع الناس من منى الى عرفة ووقفوا بها .

(الوقوف بعرفة)

والقول في هذا الفصل ينحصر في معرفة حكمه وفي صفته وفي شروطه . أما حكم الوقوف بعرفة فانهم أجمعوا على أنه ركن من اركان الحج وان من فاته فعليه حج قابل والهدى في قول أكثرهم لقوله عليه الصلاة والسلام : الحج عرفة . وأما صفته فهو ان يصل الامام الى عرفة يوم عرفة قبل الزوال فاذا زالت الشمس خطب الناس ثم جمع بين الظهر والعصر في أول وقت الظهر ثم وقف حتى تغيب الشمس وانما اتفقوا على هذا لان هذه الصفة هي مجمع عليها من فعله صلى الله عليه وسلم ولا خلاف بينهم أن اقامة الحج هي للسلطان الاعظم او لمن يقيمه السلطان الاعظم لذلك وانه يصلى وراءه براً كان السلطان أو فاجراً أو مبتدعا وان السنة في ذلك ان يأتى المسجد بعرفة يوم عرفة مع الناس فاذا زالت الشمس خطب الناس كما قلنا وجمع بين الظهر والعصر . واختلفوا في وقت أذان المؤذن بعرفة للظهر والعصر فقال مالك يخطب الامام حتى يمضى صدراً من خطبته أو بعضها ثم يؤذن المؤذن وهو يخطب ، وقال الشافعى يؤذن اذا أخذ الامام في الخطبة الثانية ، وقال أبو حنيفة اذا صعد الامام المنبر أمر المؤذن بالاذان فاذن كالحال في الجمعة فاذا فرغ المؤذن قام الامام يخطب ثم ينزل ويقيم المؤذن الصلاة وبه قال أبو ثور تشبيها بالجمعة وقد حكى ابن نافع عن مالك انه قال الاذان بعرفة بعد جلوس الإمام للخطبة وفي حديث جابر أن النبي صلى الله عليه وسلم لما زاغت الشمس أمر بالقصواء فرحلت له وأتى بطن الوادى فخطب الناس ثم أذن بلال ثم أقام فصلى العصر ولم يصلى بينهما شيئاً ثم راح الى الموقف . واختلفوا هل يجمع بين هاتين الصلاتين بأذانين واقامتين أو بأذان واحد واقامتين فقال مالك يجمع بينهما بأذانين واقامتين ؛ وقال الشافعى وأبو حنيفة والثورى وأبو ثور وجماعة يجمع بينهما بأذان واحد واقامتين وروى عن مالك مثل قولهم وروى عن أحمد انه يجمع بينهما باقامتين والحجة للشافعى حديث جابر الطويل فى صفة حجه عليه الصلاة والسلام وفيه انه : صلى الظهر والعصر بأذان واحد واقامتين كما قلنا وقول مالك مروى عن ابن مسعود وحجته ان الاصل هو لن تفرد كل صلاة بأذان واقامة ولا خلاف بين العلماء ان الامام لو لم يخطب يوم عرفة قبل الظهر ان صلاته جائزة بخلاف الجمعة . وكذلك اجمعوا ان القراءة فى هذه الصلاة سر وأنها مقصورة

اذا كان الامام مسافرا واختلفوا اذا كان الامام مكيا هل يقصر بمنى الصلاة يوم التروية وبعرفة يوم عرفة وبالمزدلفة ليلة النحر إن كان من أحد هذه المواضع فقال مالك والاوزاعى وجماعة سنة هذه المواضع التقصير سواء كان من أهلها أو لم يكن ، وقال الثورى وأبو حنيفة والشافعى وأبو ثور وداود لايجوز ان يقصر من كان من أهل تلك المواضع وحجة مالك انه لم يروا ان أحدا أتم الصلاة معه صلى الله عليه وسلم أعنى بعد سلامه منها وحجة الفريق الثانى البقاء على الاصل المعروف ان القصر لايجوز الا للمسافر حتى يدل الدليل على التخصيص . واختلف العلماء فى وجوب الجمعة بعرفة ومنى فقال مالك لاتجب الجمعة بعرفة ولا بمنى أيام الحج لا لاهل مكة ولا لغيرهم الا أن يكون الامام من أهل عرفة، وقال الشافعى مثل ذلك الا أنه يشترط فى وجوب الجمعة أن يكون هنالك من أهل عرفة أربعون رجلا على مذهبه فى اشتراط هذا العدد فى الجمعة ،وقال أبو حنيفة اذا كان أمير الحج ممن لايقصر الصلاة بمنى ولا بعرفة صلى بهم فيها الجمعة اذا صادفها وقال أحمد اذ كان والى مكة يجمع وبه قال أبو ثور .

(وأما شروطه) فهو الوقوف بعرفة بعد الصلاة وذلك أنه لم يختلف العلماء ان رسول الله صلى الله عليه وسلم بعد ماصلى الظهر والعصر بعرفة ارتفع فوقف بجبالها داعيا الى الله تعالى ووقف معه كل من حضر الى غروب الشمس وأنه لما استيقن غروبها وبان له ذلك دفع منها الى المزدلفة ولا خلاف بينهم ان هذا هو سنة الوقوف بعرفة وأجمعوا على ان من وقف بعرفة قبل الزوال وأفاض منها قبل الزوال أنه لايعتد بوقوفه ذلك وانه ان لم يرجع فيقف بعد الزوال أو يقف من ليلته تلك قبل طلوع الفجر فقد فاته الحج وروى عن عبد الله بن معمر الديلى قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : الحج عرفات فمن أدرك عرفة قبل ان يطلع الفجر فقد أدرك وهو حديث انفرد به هذا الرجل من الصحابة الا أنه مجمع عليه . واختلفوا فيمن وقف بعرفة بعد الزوال ثم دفع منها قبل غروب الشمس فقال مالك عليه حج قابل الا أن يدفع قبل الفجر وان دفع منها قبل الامام وبعد الغيبوبة أجزأه وبالجملة فشرط صحة الوقوف عنده هو أن يقف ليلا . وقال جمهور العلماء من وقف بعرفة بعد الزوال فحجه تام وان دفع قبل الغروب الا أنهم اختلفوا فى وجوب الدم عليه وعمدة الجمهور حديث عروة بن مضرس وهو حديث مجمع على صحته قال أتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم بجمع فقلت له هل لى من حج فقال : من صلى هذه الصلاة معنا ووقف هذا الموقف حتى نفيض أو أفاض قبل ذلك من عرفات ليلا أو نهارا فقد تم حجه

وقضى تفثه وأجمعوا على أن المراد بقوله في هذا الحديث نهارا انه بعد الزوال ومن اشترط الليل احتج بوقوفه بعرفة صلى الله عليه وسلم حين غربت الشمس لكن للجمهور أن يقولوا ان وقوفه بعرفة الى المغيب قد نبأ حديث عروة بن مضرس أنه على جهة الافضل اذ كان مخيراً بين ذلك وروى عن النبي صلى الله عليه وسلم من طرق انه قال: عرفة كلها موقف وارتفعوا عن بطن عرنة والمزدلفة كلها موقف الابطن محسر ومنى كلها موقف وفجاج مكة منحر ومبيت. واختلف العلماء في من وقف من عرفة بعرنة فقيل حجه تام وعليه دم وبه قال مالك وقال الشافعي لا حج له وعمدة من أبطل الحج النهي الوارد عن ذلك في الحديث وعمدة من لم يبطله ان الاصل ان الوقوف بكل عرفة جائز الاما قام عليه الدليل قالوا ولم يأت هذا الحديث من وجه تلزم به الحجة والخروج عن الاصل فهذا هو القول في السنن التي في يوم عرفة. وأما الفعل الذي يلي الوقوف بعرفة من أفعال الحج فهو النهوض الى المزدلفة بعد غيبة الشمس. وما يفعل بها فلنقل فيه.

(القول في افعال المزدلفة)

والقول الجلي أيضا في هذا الموضع ينحصر في . معرفة حكمه · وفي صفته وفي وقته . فأما كون هذا الفعل من أركان الحج فالاصل فيه قوله سبحانه (فاذكروا الله عند المشعر الحرام واذكروه كما هداكم) واجمعوا علي ان من بات بالمزدلفة ليلة النحر وجمع فيها بين المغرب والعشاء مع الامام ووقف بعد صلاة الصبح الى الاسفار بعد الوقوف بعرفة ان حجه تام وذلك انها الصفة التي فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم. واختلفوا هل الوقوف بها بعد صلاة الصبح والمبيت بها من سنن الحج أو من فروضه فقال الاوزاعي وجماعة من التابعين هو من فروض الحج ومن فاته كان عليه حج قابل والهدى ، وفقهاء الامصار يرون أنه ليس من فروض الحج وان من فاته الوقوف بالمزدلفة والمبيت بها فعليه دم ، وقال الشافعي أن دفع منها الى بعد نصف الليل الاول ولم يصل بها فعليه دم وعمدة الجمهور ماصح عنه انه صلى الله عليه وسلم قدم ضعفة أهله ليلا فلم يشاهدوا معه صلاة الصبح بها وعمدة الفريق الاول قوله صلى الله عليه وسلم في حديث عروة ابن المضرس وهو حديث متفق على صحته . من أدرك معنا هذه الصلاة يعني صلاة الصبح بجمع وكان قد أتى قبل ذلك عرفات ليلا أو نهارا فقد تم حجه وقضى تفثه وقوله تعالى « فاذا أفضتم من عرفات فاذكروا الله عند المشعر الحرام واذكروه كما هداكم » ومن حجة الفريق الاول ان المسلمين

فقد أجمعوا على ترك الاخذ بجميع ما في هذا الحديث وذلك ان أكثرهم على أن من وقف بالمزدلفة ليلا ودفع منها الى قبل الصبح ان حجه تام وكذلك من بات فيها ونام عن الصلاة. وكذلك أجمعوا على أنه لو وقف بالمزدلفة ولم يذكر الله ان حجه تام وفي ذلك أيضا ما يضعف احتجاجهم بظاهر الآية والمزدلفة وجمع هما اسمان لهذا الموضع وسنة الحج فيها كما قلنا أن يبيت الناس بها ويجمعون بين المغرب والعشاء في أول وقت العشاء ويغلسوا بالصبح فيها .

القول في رمي الجمار

وأما الفعل الذى بعد هذا فهو رمى الجمار وذلك ان المسلمين اتفقوا على أن النبي صلى الله عليه وسلم : وقف بالمشعر الحرام وهي المزدلفة بعد ما صلى الفجر ثم دفع منها قبل طلوع الشمس الى منى وانه فى هذا اليوم وهو يوم النحر رمى جمرة العقبة من بعد طلوع الشمس وأجمع المسلمون ان من رماها في هذا اليوم في ذلك الوقت أعنى بعد طلوع الشمس الى زوالها فقد رماها في وقتها وأجمعوا أن رسول الله صلى الله عليه وسلم : لم يرم يوم النحر من الجمرات غيرها .واختلفوا فيمن رمى جمرة العقبة قبل طلوع الفجر فقال مالك لم يبلغنا ان رسول الله صلى الله عليه وسلم رخص لاحد ان يرمى قبل طلوع الفجر ولا يجوز ذلك فان رماها قبل الفجر أعادها .وبه قال أبو حنيفة وسفيان وأحمد ،وقال الشافعي لابأس به وان المستحب هو بعد طلوع الشمس فحجة من منع ذلك فعله صلى الله عليه وسلم مع قوله : خذوا عني مناسككم وما روى عن ابن عباس ان رسول الله رسول الله صلى الله عليه وسلم قدم ضعفه أهله وقال : لاترموا الجمرة حتى تطلع الشمس وعمدة من جوز رميها قبل الفجر حديث أم سلمة خرجه أبو داود وغيره وهو ان عائشة قالت : أرسل رسول الله صلى الله عليه لام سلمة يوم النحر فرمت الجمرة قبل الفجر ومضت فأفاضت وكان ذلك اليوم الذى يكون رسول الله صلى الله عليه وسلم عندها وحديث أسماء انها رمت الجمرة بليل وقالت انا كنا نصنعه على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم. وأجمع العلماء ان الوقت المستحب لرمى جمرة العقبة هو من لدن طلوع الشمس الى وقت الزوال وانه ان رماها قبل غروب الشمس من يوم النحر أجزا عنه ولا شيء عليه الا مالكا فانه قال استحب له ان يريق دما ،واختلفوا فيمن لم يرمها حتى غابت الشمس فرماها من الليل أو من الغد فقال مالك عليه دم وقال أبو حنيفة ان رمى من الليل فلا شئ عليه وان أخرها الى الغد فعليه دم، وقال أبو يوسف ومحمد الشافعي لا شئ عليه أن أخرها الى الليل أو الى

الليل أو الى الغد وحجتهم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رخص لرعاة الابل في مثل ذلك أعني ان يرموا ليلا وفى حديث ابن عباس ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال له السائل يارسول الله رميت بعد ما أمسيت قال له : لاحرج وعمدة مالك ان ذلك الوقت المتفق عليه رمى فيه رسول الله صلى الله عليه وسلم هو السنة ومن خالف سنة من سنن الحج فعليه دم على ماروى عن ابن عباس وأخذ به الجمهور وقال مالك ومعنى الرخصة للرعاة انما ذلك اذا مضى يوم النحر ورموا جمرة العقبة ثم كان اليوم الثالث وهو أول أيام النفر فرخص لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يرموا فى ذلك اليوم له ولليوم الذى بعده فان نفروا فقد فرغوا وان أقاموا الى الغد رموا مع الناس يوم النفر الاخير ونفروا ومعنى الرخصة للرعاة عند جماعة العلماء هو جمع يومين في يوم واحد الا أن مالكا انما يجمع عنده ماوجب مثل أن يجمع في الثالث فيرمى عن الثاني والثالث لانه لايقضى عنده الا ما وجب ورخص كثير من العلماء في جمع يومين في يوم سواء تقدم ذلك اليوم الذى أضيف الى غيره أو تأخر ولم يشبهوه بالقضاء وثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رمى في حجته الجمرة يوم النحر ثم نحر بدنة ثم حلق رأسه ثم طاف طواف الافاضة وأجمع العلماء على ان هذا سنة الحج واختلفوا فيمن قدم من هذه ما أخره النبي عليه الصلاة والسلام أو بالعكس فقال مالك من حلق قبل ان يرمى جمرة العقبة فعليه الفدية وقال الشافعي وأحمد وداود وأبو ثور لاشيء عليه وعمدتهم مارواه مالك من حديث عبد الله بن عمر انه قال وقف رسول الله صلى الله عليه وسلم للناس بمنى والناس يسألونه فجاءه رجل فقال يارسول الله لم أشعر فحلقت قبل أن انحر فقال عليه الصلاة والسلام انحر ولا حرج ثم جاءه آخر فقال يارسول الله لم اشعر فنحرت قبل أن أرمى فقال عليه الصلاة والسلام : ارم ولا حرج قال فماسئل رسول الله صلى الله عليه وسلم يومئذ عن شيء قدم أوأخر إلا قال افعل ولا حرج وروى هذا من طريق ابن عباس عن النبي صلى الله عليه وسلم وعمدة مالك أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حكم على من حلق قبل محله من ضرورة بالفدية فكيف من غير ضرورة مع أن الحديث لم يذكر فيه حلق الرأس قبل رمى الجمار وعند مالك ان من حلق قبل أن يذبح فلا شيء عليه وكذلك ان ذبح قبل أن يرمى وقال أبو حنيفة ان حلق قبل أن ينحر أو يرمى فعليه دم وان كان قارنا فعليه دمان وقال زفر عليه ثلاثة دماء دم للقران، ودمان للحلق قبل النحر وقبل الرمى . وأجمعوا على أن من نحر قبل أن يرمى فلا شيء عليه لانه منصوص عليه الاماروى عن ابن عباس انه كان يقول من قدم من حجه شيئاً أو

أخره فليهرق دماً وانه من قدم الافاضة قبل الرمى والحلق أنه يلزمه إعادة الطواف وقال الشافعى ومن تابعه لا اعادة عليه وقال الاوزاعى اذا طاف للافاضة قبل ان يرمى جمرة العقبة ثم واقع أهله أراق دما واتفقوا على ان جملة ما يرميه الحاج سبعون حصاة منها فى يوم النحر جمر العقبة بسبع وان رمى هذه الجمرة من حيث تيسر من العقبة من أسفلها أو من أعلاها أو من وسطها كل ذلك واسع والموضع المختار منها بطن الوادى لما جاء في حديث ابن مسعود انه استبطن الوادى ثم قال من ههنا والذى لا اله غيره رأيت الذى أنزلت عليه سورة البقرة يرمى . وأجمعوا على انه يعيد الرمى اذا لم تقع الحصاة فى العقبة وانه يرمى فى كل يوم من أيام التشريق ثلاث جمار بواحد وعشرين حصاة كل جمرة منها بسبع وانه يجوز أن يرمى منها يومين وينفر فى الثالث لقوله تعالى « فمن تعجل في يومين فلا اثم عليه » وقدرها عندهم أن يكون في مثل حصى الخذف لما روى من حديث جابر وابن عباس وغيرهم أن النبى عليه الصلاة والسلام . رمى الجمار بمثل حصى الخذف والسنة عندهم في رمى الجمرات كل يوم من أيام التشريق ان يرمى الجمرة الاولى فيقف عندها ويدعو وكذلك الثانية ويطيل المقام ثم يرمى الثالثة ولا يقف لما روى في ذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه كان : يفعل ذلك فى رميه والتكبير عندهم عند رمى كل جمرة حسن لانه يروى عنه الصلاة والسلام وأجمعوا على أن من سنة رمى الجمار الثلاث فى أيام التشريق أن يكون ذلك بعد الزوال. واختلفوا اذا رماها قبل الزوال في أيام التشريق فقال جمهور العلماء من رماها قبل الزوال أعاد رميها بعد الزوال وروى عن أبى جعفر محمد بن على أنه قال رمى الجمار من طلوع الشمس الى غروبها وأجمعوا على ان من لم يرم الجمار أيام التشريق حتى تغيب الشمس من آخرها انه لا يرميها بعد . واختلفوا في الواجب من الكفارة فقال مالك ان من ترك رمى الجمار كلها أو بعضها أو واحدة منها فعليه دم وقال أبو حنيفة ان ترك كلها كان عليه دم وان ترك جمرة واحدة فصاعدا كان عليه لكل جمرة أطعام مسكين نصف صاع حنطة الى أن يبلغ دما بترك الجميع الا جمرة العقبة فمن تركها فعليه دم وقال الشافعى عليه في الحصاة مد من طعام وفي حصاتين مدان وفى ثلاث دم وقال الثورى مثله الا أنه قال في الرابعة الدم ورخصت طائفة من التابعين في الحصاة الواحدة ولم يروا فيها شيئا الحجة لهم حديث سعيد بن أبى وقاص قال خرجنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم في حجته فبعضنا يقول رميت بسبع وبعضنا يقول رميت بست فلم يعب بعضنا على بعض ،وقال أهل الظاهر لا شيء في ذلك والجمهور على أن جمرة العقبة ليست من أركان الحج وقال عبد الملك من أصحاب مالك هي من أركان الحج فهذه هى جملة افعال الحج

من حين الاحرام الى أن يحل والتحلل تحللان تحلل أكبر وهو طواف الافاضة وتحلل أصغر وهو رمي جمرة العقبة وسنذكر مافي هذا من الاختلاف .

﴿ القول في الجنس الثالث ﴾

وهو الذي يتضمن القول في الاحكام وقد نفى القول في حكم الاختلافات التي تقع في الحج 'وأعظمها في حكم من شرع في الحج فنعه بمرض أو بعدو أوفاته وقت الفعل الذي هو شرط في صحة الحج أوأفسدحجه باتيانه بعض المحظورات المفسدة للحج أو للافعال التي هي تروك أو أفعال فلنبتدىء من هذه بما هو نص في الشريعة وهو حكم المحصر وحكم قاتل الصيد وحكم الحالق رأسه قبل محل الحلق والقائه التفث قبل أن يحل وقد يدخل في هذا الباب حكم المتمتع وحكم القارن على القول بان وجوب الهدى في هذا هو لمكان الرخصة .

﴿ القول في الاحصار ﴾

وأما الاحصار فالاصل فيه قوله سبحانه (فان أحصرتم فما استيسر من الهدى) الى قوله « فاذا أمنتم فمن تمتع بالعمرة الى الحج فما استيسر من الهدى» فنقول اختلف العلماء في هذه الآية اختلافا كثيرا وهو السبب في اختلافهم في حكم المحصر بمرض أو بعدو فأول اختلافهم في هذه الآية هل المحصر ههنا هو المحصر بالعدو أو المحصر بالمرض فقال قوم المحصر ههنا هو المحصر بالعدو ، وقال آخرون بل المحصر ههنا هو المحصر بالمرض .فاما من قال ان المحصر ههنا هو المحصر بالعدو فاحتجوا بقوله تعالى بعد ذلك « فمن كان منكم مريضا أوبه أذى من رأسه» قالوا فلو كان المحصر هو المحصر بمرض لما كان لذكر المرض بعد ذلك فائدة واحتجوا أيضا بقوله سبحانه « فاذا أمنتم فمن تمتع بالعمرة الى الحج » وهذه حجة ظاهرة ،ومن قال ان الآية انما وردت في المحصر بالمرض فانه زعم ان المحصر هو من أحصر ولا يقال احصر في العدو وانما يقال حصره العدو وأحصره المرض قالوا وانما ذكر المرض بعد ذلك لان المرض ؛ صنفان صنف محصر ، وصنف غير محصر وقالوا معنى قوله فاذا أمنتم معناه من المرض .وأما الفريق الاول فقالوا عكس هذا وهو ان افعل أبدا وفعل في الشيء الواحد انما يأتي لمعنيين اما فعل فاذا أوقع بغيره فعلا من الافعال وأما أفعل فاذا عرضه لوقوع ذلك الفعل به يقال قتله اذا فعل به فعل القتل واقتله اذا عرضه للقتل واذا كان هذا هكذا فاحصر أحق بالعدو وحصر أحق بالمرض لان العدو انما عرض للاحصار والمرض فهو فاعل الاحصار وقالوا لا يطلق الامر الا في

ارتفاع الخوف من العدو وان قيل في المرض فبستعارة ولا يصار الى الاستعارة الا لامر يوجب الخروج عن الحقيقة وكذلك ذكر حكم المريض بعد الحصر الظاهر منه ان المحصر غير المريض وهذا هو مذهب الشافعي، والمذهب الثاني مذهب مالك وأبي حنيفة وقال قوم بل المحصر ههنا الممنوع من الحج باى نوع امتنع اما بمرض أو بعدو أو بخطأ في العدد أو بغير ذلك وجمهور العلماء على ان المحصر عن الحج ضربان إما محصر بمرض وأما محصر بعدو . فاما المحصر بالعدو فاتفق الجمهور على انه يحل من عمرته أو حجه حيث أحصر وقال الثورى والحسن بن صالح لا يتحلل الا فى يوم النحر والذين قالوا يتحلل حيث احصر اختلفوا فى أيجاب الهدى عليه وفى موضع نحره اذا قيل بوجوبه وفي اعادته ماحصر عنه من حج أو عمرة فذهب مالك الى انه لايجب عليه هدى وانه ان كان معه هدى نحره حيث حل وذهب الشافعى الى ايجاب الهدى عليه وبه قال أشهب واشترط أبو حنيفة ذبحه فى الحرم وقال الشافعى حيثما احل . وأما الاعادة فان مالكا يرى الاعادة عليه وقال قوم عليه الاعادة وذهب أبو حنيفة الى انه ان كان أحرم بالحج فعليه حجة وعمرة وان كان قارنا فعليه حج وعمرتان وان كان معتمرا أقضى عمرته وليس عليه عند أبي حنيفة ومحمد بن الحسن تقصير واختار أبو يوسف تقصيره وعمدة مالك في ان لا اعادة عليه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حل هو وأصحابه بالحديبية فنحروا الهدى وحلقوا رؤسهم وحلوا من كل شىء قبل أن يطوفوا بالبيت وقبل أن يصل اليه الهدى ثم لم يعلم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أمر أحدا من الصحابة ولا ممن كان معه أن يقضى شيئا ولا ان يعود لشىء وعمدة من أوجب عليه الاعادة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم : اعتمر في العام المقبل من عام الحديبية قضاء لتلك العمرة ولذلك قيل لها عمرة القضاء واجماعهم أيضا على ان المحصر بمرض أو ماأشبهه عليه القضاء ✡ فسبب الخلاف هو هل قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم أو لم يقض وهل يثبت القضاء بالقياس أم لا وذلك ان جمهور العلماء على ان القضاء يجب بأمر ثان غير أمر الاداء . وأما من أوجب عليه الهدى فبناه على ان الآية وردت في المحصر بالعدو أو على انها عامة لان الهدى فيها نص وقد احتج هؤلاء بنحر النبي صلى الله عليه وسلم وأصحابه الهدى عام الحديبية حين احصروا وأجاب الفريق الآخر أن ذلك الهدى لم يكن هدى تحلل وانما كان هديا سيق ابتداء وحجة هؤلاء ان الاصل هو أن لاهدى عليه الا أن يقوم الدليل عليه . وأما اختلافهم في مكان الهدى عند من أوجبه والاصل فيه اختلافهم في موضع نحر رسول الله صلى الله عليه وسلم هديه عام الحديبية فقال ابن اسحاق نحره في الحرم وقال غيره انما نحره فى الحل واحتج

بقوله تعالى (هم الذين كفروا وصدوكم عن المسجد الحرام والهدى معكوفا أن يبلغ محله) وانما ذهب أبو حنيفة الى ان من أحصر عن الحج ان عليه حجاً وعمرة لان المحصر قد فسخ الحج فى عمرته ولم يتم واحـد منهما فهذا هو حكم المحصر بعد وعند الفقهاء وأما المحصر بمرض فان مذهب الشافعى وأهل الحجاز انه لا يحله الا الطواف بالبيت والسعى مابين الصفا والمروة وانه بالجملة يتحلل بعمرة لانه اذا فاته الحج بطول مرضه انقلب عمرة وهو مذهب ابن عمر وعائشة وابن عباس وخالف في ذلك أهل العراق فقال يحل مكانه وحكمه حكم المحصر بعد وأعنى ان يرسل هديه ويقدر يوم نحره ويحل في اليوم الثالث وبه قال ابن مسعود واحتجوا بحديث الحجاج بن عمرو الانصارى قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول . من كسر أو عرج فقد حل وعليه حجة أخرى وباجماعهم على ان المحصر بعدو ليس من شرط احلاله الطواف بالبيت والجمهور على أن المحصر بمرض عليه الهدى وقال أبو ثور وداود لاهدى عليه اعتماداً على ظاهر حكم هذا المحصر وعلى ان الآية الواردة في المحصر هو حصر العدو. وأجمعوا على ايجاب القضاء عليه وكل من فاته الحج بخطأ من العدد في الايام أو بخفاء الهلال عليه أو غير ذلك من الاعذار فحكمه حكم المحصر بمرض عند مالك، وقال أبو حنيفة من فاته الحج بعذر غير المرض يحل بعمرة ولا هـدى عليه وعليه اعادة الحج والمكى المحصر بمرض عند مالك كغير المكى يحل بعمرة وعليه الهدى واعادة الحج وقال الزهرى لابد أن يقف بعمرة وان نعش نعشاً وأصل مذهب مالك ان المحصر بمرض ان بقى على احرامه الى العام المقبل حتى يحج حجة القضاء فلا هدى عليه فان تحلل بعمرة فعليه هدى المحصر لانه حلق رأسه قبل أن ينحر في حجة القضاء وكل من تأول قوله سبحانه « فاذا أمنتم فمن تمتع بالعمرة الى الحج »انه خطاب للمحصر وجب عليه أن يعتقد على ظاهر الآية أن عليه هديين ، هديا لحلقه عند التحلل قبل نحره فى حجة القضاء ، وهديا لتمتعه بالعمرة الى الحج وان حل في أشهر الحج من العمرة وجب عليه هدى ثالث وهو هدى التمتع الذى هو أحد أنواع نسك الحج . وأما مالك رحمه الله فكان يتأول لمكان هذا أن المحصر انما عليه هدى واحد وكان يقول ان الهدى الذى في قوله سبحانه « فان أحصرتم فما استيسر من الهدى » هو بعينه الهدى الذى في قوله فاذا أمنتم فمن تمتع بالعمرة الى الحج فما استيسر من الهدى وفيه بعد في التأويل والاظهر ان قوله سبحانه فاذا أمنتم فمن تمتع بالعمرة الى الحج أنه في غير المحصر بل هو في التمتع الحقيقى فكانه قال فاذا لم تكونوا خائفين لكن تمتعتم بالعمرة الى الحج فما استيسر من الهدى ويدل على هذا التأويل قوله سبحانه « ذلك لمن لم يكن أهله حاضرى المسجد الحرام » والمحصر يستوى فيه

حاضر المسجد الحرام وغيره باجماع وقد قلنا في أحكام المحصر الذى نص الله عليه فلنقل في أحكام القاتل للصيد .

﴿ القول في احكام جزاء الصيد ﴾

فنقول أن المسلمين أجمعوا على أن قوله (يا أيها الذين آمنوا لا تقتلوا الصيد وأنتم حرم ومن قتله منكم متعمداً فجزاء مثل ما قتل من النعم يحكم به ذوا عدل منكم هديا بالغ الكعبة أو كفارة طعام مساكين أو عدل ذلك صياما) هي آية محكمة. واختلفوا في تفاصيل أحكامها وفيما يقاس على مفهومها مما لا يقاس عليه فمنها أنهم اختلفوا هل الواجب في قتل الصيد قيمته أومثله . فذهب الجمهور الى أن الواجب المثل وذهب أبو حنيفة الى أنه مخير بين القيمة أعنى قيمة الصيد وبين أن يشترى بها المثل ومنها أنهم اختلفوا في استئناف الحكم على قاتل الصيد فيما حكم فيه السلف من الصحابة مثل حكمهم ان من قتل نعامة فعليه بدنة تشبيها بها ومن قتل غزالا فعليه شاة ومن قتل بقرة وحشية فعليه أنسية فقال مالك يستأنف في كل ما وقع من ذلك الحكم به وبه قال أبوحنيفة . وقال الشافعى لن اجتزأ بحكم الصحابة مما حكموا فيه جاز . ومنها هل الآية على التخيير أو على الترتيب فقال مالك هي على التخيير وبه قال أبو حنيفة يريد ان الحكمين يخيران الذى عليه الجزاء وقال زفر هي على الترتيب واختلفوا هل يقوم الصيد أو المثل اذا اختار الاطعام ان وجب على القول بالوجوب فيشترى بقيمته طعاما فقال مالك يقوم الصيد وقال الشافعى يقوم المثل ولم يختلفوا في تقدير الصيام بالطعام بالجملة وان كانوا اختلفوا في التفصيل فقال مالك يصوم لكل مد يوما وهو الذى يطعم عندهم كل مسكين وبه قال الشافعى وأهل الحجاز وقال أهل الكوفة يصوم لكل مدين يوما وهو القدر الذى يطعم كل مسكين عندهم .واختلفوا في قتل الصيد خطأ هل فيه جزاء أم لا فالجمهور على أن فيه الجزاء .وقال أهل الظاهر لا جزاء عليه. واختلفوا في الجماعة يشتركون في قتل الصيد فقال مالك اذا قتل جماعة محرمون صيداً فعلى كل واحد منهم جزاء كامل وبه قال الثورى وجماعة وقال الشافعى عليهم جزاء واحد وفرق أبو حنيفة بين المحرمين يقتلون الصيد وبين المحلين يقتلونه في الحرم فقال على كل واحد من المحرمين جزاء وعلى المحلين جزاء واحد. واختلفوا هل يكون احد الحكمين قاتل الصيد فذهب مالك الى انه لا يجوز وقال الشافعى يجوز واختلف أصحاب أبى حنيفة على القولين جميعا . واختلفوا في موضع الاطعام فقال مالك في الموضع الذى أصاب فيه الصيد ان كان ثم طعام والا ففى أقرب المواضع الى ذلك الموضع وقال أبو حنيفة

حيث ما أطعم وقال الشافعي لا يطعم الامساكين مكة وأجمع العلماء على ان المحرم اذا قتل الصيد ان عليه الجزاء للنص في ذلك •واختلفوا في الحلال يقتل الصيد في الحرم فقال جمهور فقهاء الامصار عليه الجزاء وقال داود وأصحابه لاجزاء عليه ولم يختلف المسلمون في تحريم قتل الصيد في الحرم وانما اختلفوا في الكفارة وذلك لقوله سبحانه « أو لم يروا أنا جعلنا حرما آمنا » وقول رسول الله صلى الله عليه وسلم . ان الله حرم مكة يوم خلق السموات وجمهور فقهاء الامصار على أن المحرم اذا قتل الصيد واكله انه ليس عليه الا كفارة واحدة وروى عن عطاء وطائفة ان فيه كفارتين فهذه هي مشهورات المسائل المتعلقة بهذه الآية . وأما الاسباب التي دعتهم الى هذا الاختلاف فنحن نشير الى طرف منها (فنقول) أما من اشترط في وجوب الجزاء أن يكون القتل عمدا فحجته أن اشتراط ذلك نص في الآية وأيضا فان العمد هو الموجب للعقاب والكفارات عقاب ما . وأما من أوجب الجزاء مع النسيان فلا حجة له الا ان يشبه الجزاء عند اتلاف الصيد باتلاف الاموال فان الاموال عند الجمهور تضمن خطأ ونسيانا لكن يعارض هذا القياس اشتراط العمد في وجوب الجزاء فقد أجاب بعضهم عن هذا أي العمد انما اشترط لمكان تعلق العقاب المنصوص عليه في قوله (ذلك ليذوق وبال أمره) وذلك لامعنى له لان الوبال المذوق هو في الغرامة فسواء قتله مخطئا أو متعمداً قد ذاق الوبال ولاخلاف ان الناسي غير معاقب وأكثر ما تلزم هذه الحجة لمن كان من أصله ان الكفارات لاتثبت بالقياس فانه لولادليل لمن أثبتها على الناسي الاالقياس ❊ واما اختلافهم في المثل هل هو الشبيه او المثل في القيمة فان سبب الاختلاف ان المثل يقال على الذى هو مثل وعلى الذى هو مثل في القيمة لكن حجة من رأى أن الشبيه أقوى من جهة دلالة اللفظ ان انطلاق لفظ المثل على الشبيه في لسان العرب أظهر واشهر منه على المثل في القيمة لكن لمن حمل ههنا المثل على القيمة دلائل حركته الى اعتقاد ذلك ، احدها ان المثل الذى هو العدل هو منصوص عليه في الاطعام والصيام وايضا فان المثل اذا حمل ههنا على التعديل كان عاما في جميع الصيد فان من الصيد ما لا يلفى له شبيه وايضا فان المثل فيما لا يوجد له شبيه هو التعديل وليس يوجد للحيوان المصيد في الحقيقة شبيه الا من جنسه وقد نص ان المثل الواجب فيه هو من غير جنسه فوجب ان يكون مثلا في التعديل والقيمة وايضا فان الحكم في التشبيه قد فرغ منه فاما الحكم بالتعديل فهو شيء يختلف باختلاف الاوقات ولذلك هو كل وقت يحتاج الى الحكمين المنصوص عليهما وعلى هذا يأتي التقدير في الآية بمشابه فكأنه قال ومن قتله منكم متعمداً

فعليه قيمةما قتل من النعم أو عدل القيمة طعاما أو عدل ذلك صياما . وأما اختلافهم هل المقدر هو الصيد أو مثله من النعم اذا قدر بالطعام فمن قال المقدر هو الصيد قال لانه الذى لما لم يوجد مثله رجع الى تقديره بالطعام ومن قال ان المقدر هو الواجب من النعم قال لان الشيء انما تقدر قيمته اذا عدم بتقدير مثله أعنى شبيهه وأما من قال ان الآية على التخيير فانه التفت الى حرف أو اذ كان مقتضاها في لسان العرب التخيير وأما من نظر الى ترتيب الكفارات في ذلك فشبهها بالكفارات التى فيها الترتيب باتفاقه وهي كفارة الظهار والقتل . واما اختلافهم في هل يستأنف الحكم فيه من الصحابة * فالسبب في اختلافهم هو هل الحكم شرعى غير معقول المعنى أم هذا معقول المعنى فمن قال هو معقول المعنى قال ما قد حكم فيه فليس يوجد شيء أشبه به منه مثل النعامة فانه لا يوجد أشبه بها من البدنة فلا معنى لاعادة الحكم ومن قال هو عبادة قال يعاد ولا بد منه وبه قال مالك . وأما اختلافهم في الجماعة يشتركون في قتل الصيد الواحد فسببه هل الجزاء موجبه هو التعدى فقط أو التعدى على جملة الصيد فمن التعدى فقط أوجب على كل واحد من الجماعة القاتلة للصيد جزاء ومن قال التعدى على جملة الصيد قال عليهم جزاء واحد فهذه المسئلة شبيهة بالقصاص في النصاب في السرقة وفي القصاص في الاعضاء وفي الانفس وستأتى في مواضعها من هذا الكتاب ان شاء الله . وتفريق أبى حنيفة بين المحرمين وبين غير المحرمين القاتلين في الحرم على جهة التغليظ على المحرمين ومن أوجب على كل واحد من الجماعة جزاء فانما نظر الى سد الذرائع فانه لو سقط عنهم الجزاء جملة لكان من أراد أن يصيد في الحرم صاد في جماعة واذا قلنا ان الجزاء هو كفارة للاثم فيشبه أن لا يتبعض اثم قتل الصيد بالاشتراك فيه فيجب أن لا يتبعض الجزاء فيجب على كل واحد كفارة . وأما اختلافهم في هل يكون أحد الحكمين قاتل الصيد * فالسبب فيه معارضة مفهوم الظاهر لمفهوم المعنى الاصلى في الشرع وذلك انه لم يشترطوا في الحكمين الا العدالة فيجب على ظاهر هذا أن يجوز الحكم ممن يوجد فيه هذا الشرط سواء كان قاتل الصيد أو غير قاتل . وأما مفهوم المعنى الاصلى في الشرع فهو أن المحكوم عليه لا يكون حاكما على نفسه . وأما اختلافهم في الموضع فسبب الاطلاق أعنى انه لم يشترط فيه موضع فمن شبهه بالزكاة في انه حق للمساكين فقال لا ينقل من موضعه ، وأما من رأى ان المقصود بذلك انما هو الرفق بمساكين مكة قال لا يطعم الا مساكين مكة ومن اعتمد ظاهر الاطلاق قال يطعم حيث شاء . واما اختلافهم في الحلال يقتل الصيد في الحرم هل عليه كفارة أم لا فسببه هل يقاس في الكفارات عند من يقول بالقياس وهل القياس أصل من أصول الشرع عند الذين يختلفون فيه فأهل الظاهر ينفون قياس قتل الصيد

في الحرم على المحرم لمنعهم القياس في الشرع ويحق على أصل أبى حنيفة أن يمنعه لمنعه القياس في الكفارات ولا خلاف بينهم في تعلق الاثم به لقوله سبحانه (أو لم يروا أنا جعلنا حرماً آمنا ويتخطف الناس من حولهم) وقول رسول الله صلى الله عليه وسلم : ان الله حرم مكة يوم خلق السموات والارض . وأما إختلافهم فيمن قتله ثم أكله هل عليه جزاء واحد أم جزآن فسببه هل أكله تعد ثان عليه سوى تعدى القتل أم لا وإن كان تعديا فهل هو مساو للتعدى الاول أم لا وذلك انهم اتفقوا على أنه ان أكل اثم . ولما كان النظر في كفارة الجزاء يشتمل على أربعة أركان معرفة الواجب في ذلك ومعرفة من تجب عليه ومعرفة الفعل الذى لاجله يجب ومعرفة محل الوجوب وكان قد تقدم الكلام في أكثر هذه الاجناس وبقى من ذلك أمران ، أحدهما اختلاف في بعض الواجبات من الامتثال في بعض المصيدات . والثانى ماهو صيد مما ليس بصيد يجب ان ينظر فيما بقى علينا من ذلك فمن أصول هذا الباب ما روى عن عمر بن الخطاب انه قضى في الضبع بكبش وفى الغزال بعنز وفي الارنب بعناق وفي اليربوع بجفرة واليربوع دويبة لها أربع قوائم وذنب تجتر كما تجتر الشاة وهي من ذوات الكروش والعنز عند أهل العلم من المعز ماقد ولد أو ولد مثله والجفرة والعناق من المعز فالجفرة ماأكل واستغنى عن الرضاع والعناق قيل فوق الجفرة وقيل دونها وخالف مالك هذا الحديث فقال في الارنب واليربوع لايقومان الا بما يجوز هديا واضحية وذلك الجذع فمافوقه من الضأن والثنى فما فوقه من الابل والبقر وحجة مالك قوله تعالى « هديا بالغ الكعبة » ولم يختلفوا أن من جعل على نفسه هديا أنه لايجزيه أقل من الجذع فما فوقه من الضأن والثنى مما سواه وفي صغار الصيد عند مالك مثل مافي كباره، وقال الشافعى يفدى صغار الصيد بالمثل من صغار النعم وكبار الصيد بالكبار منها وهو مروى عن عمر وعثمان وعلى وابن مسعود وحجته أنها حقيقة المثل فعنده في النعامة الكبيرة بدنة وفي الصغيرة فصيل وأبو حنيفة على أصله في القيمة. واختلفوا من هذا البـاب في حمام مكة وغيرها فقال مالك في حمام مكة شاة وفي حمام الحل حكومة . واختلف قول ابن القاسم في حمام الحرم غير مكة فقال مالك مرة شاة كحمام مكة ومرة قال حكومة كحمام الحل وقال الشافعى في كل حمام شاة وفي حمام سوى الحرم قيمته وقال داود كل شىء لامثل له من الصيد فلا جزاء فيه الا الحمام فان فيه شاة ولعله وظن ذلك اجماعا فانه روى عن عمر بن الخطاب ولا مخالف له من الصحابة وروى عن عطاء أنه قال في كل شىء من الطير شاه . واختلفوا من هـذا الباب في بيض النعامة فقال مالك أرى فى بيض النعامة عشر ثمن البدنة وأبو حنيفة على أصله في القيمة ووافقه الشافعى في هذه المسئلة وبه قال أبو ثور وقال

أبو حنيفة ان كان فيها فرخ ميت فعليه الجزاء أعنى جزاء النعامة واشترط أبو ثور في ذلك أن يخرج حياثم يموت وروى عن على أنه قضى في بيض النعامة بان يرسل الفحل على الابل فاذا تبين لقاحها سميت ماأصبت من البيض فقلت هذا هدى ثم ليس عليك ضمان مافسد من الحمل وقال عطاء من كانت له ابل فالقول قول على والافنى كل بيضة درهمان قال أبو عمر وقد روى عن ابن عباس عن كعب بن عجرة عن النبي عليه الصلاة والسلام : في بيض النعامة يصيبه المحرم ثمنه من وجه ليس بالقوى وروى عن ابن مسعود ان فيه القيمة قال وفيه أثر ضعيف وأكثر العلماء على أن الجراد من صيد البر يجب على المحرم فيه الجزاء . واختلفوا في الواجب من ذلك فقال عمر رضى الله عنه قبضة من طعام وبه قال مالك وقال أبو حنيفة وأصحابه تمرة خير من جرادة وقال الشافعى في الجراد قيمته وبه قال أبو ثور الا أنه قال كل ماتصدق به من حفنة طعام أوتمرة فهوله قيمة وروى عن ابن عباس ان فيها تمرة مثل قول أبى حنيفة وقال ربيعة فيها صاع من طعام وهو شاذ وقد روى عن ابن عمر ان فيها شويهة وهو أيضا شاذ فهذه هي مشهورات ماانفقوا على الجزاء فيه واختلفوا فيما هو الجزاء فيه . وأما اختلافهم فيما هو صيد مماليس بصيد وفيما هو من صيد البحر مما ليس منه فانهم اتفقوا على أن صيد البر محرم على المحرم الا الخمس الفواسق المنصوص عليها . واختلفوا فيما يلحق بها مما ليس يلحق وكذلك اتفقوا على أن صيد البحر حلال كله للمحرم ، واختلفوا فيما هو من صيد البحر مما ليس منه وهذا كله لقوله تعالى (أحل لكم صيد البحر وطعامه متاعا لكم وللسيارة وحرم عليكم صيد البر مادمتم حرما) ونحن نذكر مشهور ماانفقوا عليه من هذين الجنسين وما اختلفوا فيه (فنقول) ثبت من حديث ابن عمر وغيره أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال خمس من الدواب ليس على المحرم جناح في قتلهن الغراب والحدأة والعقرب والفأرة والكلب العقور . واتفق العلماء على القول بهذا الحديث وجمهورهم على القول باباحة قتل ماتضمنه لكونه ليس بصيد وان كان بعضهم اشترط في ذلك أوصافا ما . واختلفوا هل هذا من باب الخاص أريد به الخاص أو من باب الخاص أريد به العام والذين قالوا هو من باب الخاص أريد به العام اختلفوا في أى عام أريد بذلك فقال مالك الكلب العقور الوارد في الحديث اشارة الى كل سبع عاد وأن ماليس بعاد من السباع فليس للمحرم قتله ولم ير قتل صغارها التى لاتعدو ولا ماكان منها أيضا لايعدو ولا خلاف بينهم في قتل الحية والافعى والاسود وهو مروى عن النبي عليه الصلاة والسلام من حديث أبى سعيد الخدرى قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم تقتل الافعى والاسود وقال مالك لاأرى قتل الوزغ

والاخبار بقتلها متواترة لكن مطلقا لافي الحرم ولذلك توقف فيها مالك في الحرم وقاله أبو حنيفة لايقتل من الكلاب العقورة الا الكلب الانسى والذئب وشذت طائفة فقالت لايقتل الا الغراب الابقع وقال الشافعى كل محرم الا كل فهو في معنى الخمس وعمدة الشافعى انه انما حرم على المحرم ماأحل للحلال وأن المباحة الاكل لايجوز قتلها باجماع لنهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن صيد البهائم وأما أبو حنيفة فلم يفهم من اسم الكلب الانسى فقط بل من معناه كل ذئب وحشى . واختلفوا في الزنبور فبعضهم شبهه بالعقرب وبعضهم رأى أنه أضعف نكاية من العقرب وبالجملة فالمنصوص عليها يتضمن أنواعها من الفساد فمن رأى أنه من باب الخاص أريد به العام ألحق بواحد واحد منها مايشبهه ان كان له شبه ومن لم يرذلك قصر النهى على المنطوق به وشذت طائفة فقالت لايقتل الا الغراب الابقع خصصت عموم الاسم الوارد في الحديث الثابت لما روى عن عائشة أنه عليه الصلاة والسلام قال خمس يقتلن في الحرم فذكر فيهن الغراب الابقع وشذ النخعى فمنع المحرم قتل الصيد الا الفأرة .وأما اختلافهم فيما هو من صيد البحر مما ليس هو منه فانهم اتفقوا على أن السمك من صيد البحر واختلفوا فيما عدا السمك وذلك بناء منهم على أن ماكان منه يحتاج الى ذكاة فليس من صيد البحر وأكثر من ذلك ما كان محرما ولاخلاف بين من يحل جميع مافي البحر في أن صيده حلال وانما اختلف هؤلاء فيما كان من الحيوان يعيش في البر وفي الماء باى الحكمين يلحق وقياس قول أكثر العلماء انه يلحق بالذى عيشه فيه غالبا وهو حيث يولد والجمهور على أن طير الماء محكوم له بحكم حيوان البر وروى عن عطاء أنه قال في طير الماء حيث يكون أغلب عيشه يحكم له بحكمه . واختلفوا فى نبات الحرم هل فيه جزاء أم فقال مالك لاجزاء فيه وانما فيه الاثم فقط للنهى الوارد في ذلك وقال الشافعى فيه الجزاء في الدوحة بقرة وفيما دونها شاة وقال أبو حنيفة كل ماكان من غرس الانسان فلا شئ فيه وكل ماكان نابتا بطبعه ففيه قيمة ✡ وسبب الخلاف هل يقاس النبات في النبات في هذا على الحيوان لاجتماعهما في النهى عن ذلك في قوله عليه الصلاة والسلام لاينفر صيدها ولا يعضد شجرها فهذا هو القول في مشهور مسائل هذا الجنس فلننقل في حكم الحالق رأسه قبل محل الحلق .

(القول في فدية الاذى وحكم الحالق رأسه قبل محل الحلق)

وأما فدية الاذى فجمع أيضا عليها الورود الكتاب بذلك والسنة . واما الكتاب فقوله تعالى (فمن كان منكم مريضا أو به اذى من رأسه ففدية من صيام أوصدقة

أو نسك) وأما السنة لحديث كعب بن عجرة الثابت أنه كان مع رسول الله صلى الله عليه وسلم محرماً فآذاه القمل في رأسه فأمره رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يحلق رأسه وقال له صم ثلاثة أيام أو اطعم ستة مساكين مدين لكل انسان أو انسك بشاة أي ذلك فعلت أجزأعنك والكلام في هذه الآية على من تجب الفدية وعلى من لا تجب واذا وجبت فما هي الفدية الواجبة وفي أى شيء تجب الفدية ولمن تجب ومتى تجب وأين تجب . فأما على من تجب الفدية فان العلماء أجمعوا على أنها واجبة على كل من أماط الاذى من ضرورة لورود النص بذلك واختلفوا فيمن أماطه من غير ضرورة فقال مالك عليه الفدية المنصوص عليها ، وقال الشافعي وأبو حنيفة ان حلق دون ضرورة فانما عليه دم فقط . واختلفوا هل من شرط من وجبت عليه الفدية باماطة الاذى أن يكون متعمدا أو الناسي في ذلك والمتعمد سواء فقال مالك العامد في ذلك والناسي واحد وهو قول أبي حنيفة والثوري والليث ، وقال الشافعي في أحد قوليه وأهل الظاهر لافدية على الناسي فمن اشترط في وجوب الفدية الضرورة فدليله النص ومن أوجب ذلك على غير المضطر فحجته أنه اذا وجبت على المضطر فهي على غير المضطر أوجب ومن فرق بين العامد والناسي فلتفريق الشرع في ذلك بينهما في مواضع كثيرة ولعموم قوله تعالى (ليس عليكم جناح فيما أخطأتم به ولكن ما تعمدت قلوبكم) ولعموم قوله عليه الصلاة والسلام رفع عن أمتي الخطأ والنسيان ومن لم يفرق بينهما فقياسا على كثير من العبادات التي لم يفرق الشرع فيها بين الخطأ والنسيان . وأما ما يجب في فدية الاذى فان العلماء أجمعوا على أنها ثلاث خصال على التخيير الصيام والاطعام والنسك لقوله تعالى (ففدية من صيام أوصدقة أو نسك) والجمهور على أن الاطعام هو لستة مساكين وان النسك أقله شاة وروى عن الحسن وعكرمة ونافع انهم قالوا الاطعام لعشرة مساكين والصيام عشرة أيام ودليل الجمهور حديث كعب بن عجرة الثابت . وأما من قال الصيام عشرة أيام فقياسا على صيام التمتع وتسوية الصيام مع الاطعام ولما ورد أيضا في جزاء الصيد في قوله سبحانه (أوعدل ذلك صياما) وأما كم يطعم لكل مسكين من المساكين الستة التي ورد فيها النص فان الفقهاء اختلفوا في ذلك لاختلاف الآثار في الاطعام في الكفارات فقال مالك والشافعي وأبو حنيفة وأصحابهم الاطعام في ذلك مدان بمد النبي صلى الله عليه وسلم لكل مسكين وروى عن الثوري أنه قال من البر نصف صاع ومن التمر والزبيب والشعير صاع وروى أيضا عن أبي حنيفة مثله وهو أصله في الكفارات . وأما ماتجب فيه الفدية فاتفقوا على أنها تجب على من حلق رأسه لضرورة مرض أو حيوان يؤذيه في رأسه قال ابن عباس

المرض ان يكون برأسه قروح والاذى القمل وغيره وقال عطاء المرض الصداع والاذى القمل وغيره . والجمهور على ان كل مامنعه المحرم من لباس الثياب المخيطة وحلق الرأس وقص الاظفار انه اذا استباحه فعليه الفدية أى دم على اختلاف بينهم فى ذلك أو اطعام ولم يفرقوا بين الضرر وغيره فى هذه الاشياء وكذلك استعمال الطيب وقال قوم ليس فى قص الاظفار شىء وقال قوم فيه دم وحكى ابن المنذر ان منع المحرم قص الاظفار اجماع . واختلفوا فيمن أخذ بعض أظفاره فقال الشافعى وأبو ثور ان أخذ ظفراً واحداً أطعم مسكينا واحداً وان أخذ ظفرين اطعم مسكينين وان أخذ ثلاثا فعليه دم فى مقام واحد ، وقال أبوحنيفة فى أحد أقواله لاشىء عليه حتى يقصها كلها فوقال أبو محمد بن حزم يقص المحرم اظفاره وشاربه وهو شذوذ وعنده لا فدية الا من حلق الرأس فقط للعذر الذى ورد فيه النص * واجمعوا على منع حلق شعر الرأس واختلفوا فى حلق الشعر من سائر الجسد فالجمهور على ان فيه الفدية وقال داود لا فدية فيه . واختلفوا فيمن نتف من راسه الشعرة والشعرتين او من لحيه فقال مالك ليس على من نتف الشعر اليسير شىء الا ان يكون أماط به اذى فعليه الفدية وقال الحسن فى الشعرة مد وفى الشعرتين مدين وفى الثلاثة دم وبه قال الشافعى وابو ثور وقال عبد الملك صاحب مالك فيما قل من الشعر اطعام وفيما كثر فدية فمن فهم من منع المحرم حلق الشعر أنه عبادة سوى بين القليل والكثير ومن فهم من ذلك منع النظافة والزين والاستراحة التى فى حلقه فرق بين القليل والكثير لان القليل ليس فى أزالته زوال اذى اما موضع الفدية فاختلفوا فيه فقال مالك يفعل من ذلك ماشاء ان شاء بمكة وبغيرها وان شاء ببلده وسواء عنده فى ذلك ذبح النسك والاطعام والصيام وهو قول مجاهد والذى عند مالك ههنا هو نسك وليس بهدى فان الهدى لايكون الا بمكة أو بمنى ؛ وقال ابو حنيفة والشافعى الدم والاطعام لايجزيان الا بمكة والصوم حيث شاء فحيث شاء وعن أبى حنيفة مثله ولم يختلف قول الشافعى ان دم الاطعام لا يجزىء وقال ابن عباس ماكان من دم فبمكة وما كان من اطعام وصيام الا لمساكين الحرم * وسبب الخلاف استعمال قياس دم النسك على الهدى فمن قاسه على الهدى أوجب فيه شروط الهدى من الذبح فى المكان المخصوص به وفى مساكين الحرم وان كان امالك يرى أن الهدى يجوز اطعامه لغير مساكين الحرم والذى يجمع النسك والهدى هو أن المقصود بهما منفعة المساكين المجاورين لبيت الله والمخالف يقول ان الشرع لما فرق بين اسمهما فسمى أحدهما نسكا وسمى الآخر هديا وجب أن يكون حكمهما مختلفا . وأما الوقت فالجمهور على أن هذه الكفارة لاتكون الا بعد اماطة الاذى ولا يبعد أن يدخله الخلاف قياسا على كفارة الايمان فهذا

هو القول في كفارة اماطة الاذى واختلفوا في حلق الرأس هل هو من مناسك أو هو مما يتحلل به منه ولا خلاف بين الجمهور في أنه من أعمال الحج وأن الحلق أفضل من التقصير لما ثبت من حديث ابن عمر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال اللهم ارحم المحلقين قالوا والمقصرين يا رسول الله قال اللهم ارحم المحلقين قالوا والمقصرين يا رسول الله قال اللهم ارحم المحلقين قالوا والمقصرين يا رسول الله قال والمقصرين وأجمع العلماء على أن النساء لا يحلقن وان سنتهن التقصير واختلفوا هل هو نسك يجب على الحاج والمعتمر أولا فقال مالك الحلاق نسك للحاج وللمعتمر وهو أفضل من التقصير ويجب على كل من فاته الحج وأحصر بعدو أو مرض أو بعذر وهو قول جماعة الفقهاء الا في المحصر بعدو فان أبا حنيفة قال ليس عليه حلاق ولا تقصير وبالجملة فمن جعل الحلاق أو التقصير نسكا أوجب في تركه الدم ومن لم يجعله من النسك لم يوجب فيه شيئاً ❊

(القول في كفارة المتمتع)

وأما كفارة المتمتع التى نص عليها فى قوله سبحانه (فمن تمتع بالعمرة الى الحج فما استيسر من الهدى) الآية فانه لا خلاف في وجوبها وانما الخلاف فى المتمتع من هو وقد تقدم ما في ذلك من الخلاف والقول في هذه الكفارة أيضا يرجع الى تلك الاجناس بعينها على من تجب وما الواجب فيها ومتى تجب ولمن تجب وفي أى مكان تجب ، فاما على من تجب فعلى المتمتع باتفاق وقد تقدم الخلاف في المتمتع من هو . وأما اختلافهم فى الواجب فان الجمهور من العلماء على أن ما استيسر من الهدى هو شاة واحتج مالك في ان اسم الهدى قد ينطلق على الشاة بقوله تعالى في جزاء الصيد هديا بالغ الكعبة ومعلوم بالاجماع أنه قد يجب في جزاء الصيد شاة وذهب ابن عمر الى أن اسم الهدى لا ينطلق الا على الابل والبقر وأن معنى قوله تعالى فما استيسر من الهدى أى بقرة أدون من بقرة وبدنة أدون من بدنة . وأجمعوا أن هذه الكفارة على الترتيب وان من لم يجد الهدى فعليه الصيام . واختلفوا في حد الزمان الذى ينتقل بانقضائه فرضه من الهدى الى الصيام فقال مالك اذا شرع في الصوم فقد انتقل واجبه الى الصوم وان وجد الهدى في أثناء الصوم ، وقال أبو حنيفة إن وجد الهدى في صوم الثلاثة الايام لزمه وإن وجده في صوم السبعة لم يلزمه وهذه المسئلة نظير مسئلة من طلع عليه الماء في الصلاة وهو متيمم ❊ وسبب الخلاف هو هل ما هو شرط فى ابتداء العبادة هو شرط في استمرارها وإنما فرق أبو حنيفة بين

الثلاثة والسبعة لان الثلاثة الايام هي عنده بدل من الهدى والسبعة ليست ببدل وأجمعوا على أنه اذا صام الثلاثة الايام في العشر الاول من ذى الحجة أنه قد أتى بها في محلها لقوله سبحانه (فصيام ثلاثة أيام في الحج) ولا خلاف أن العشر الأول من أيام الحج . واختلفوا في من صامها في أيام عمل العمرة قبل ان يهل بالحج أو صامها في أيام منى فاجاز مالك صيامها في أيام منى ومنعه أبو حنيفة وقال اذا فاتته الايام الاول وجب الهدى في ذمته ومنعه مالك قبل الشروع في عمل الحج وأجازه أبو حنيفة * وسبب الخلاف هل ينطلق اسم الحج على هذه الايام المختلف فيها أم لا وان انطلق فهل من شرط الكفارة أن لا تجزى الا بعد وقوع موجبها فمن قال لا تجزى كفارة الا بعد وقوع موجبها قال لا يجزى الصوم الا بعد الشروع في الحج ومن قاسها على كفارة الايمان قال يجزى . واتفقوا أنه اذا صام السبعة الايام في أهله أجزأه واختلفوا اذا صامها في الطريق فقال مالك يجزى الصوم وقال الشافعى لا يجزى وسبب الخلاف الاحتمال الذى في قوله سبحانه (اذا رجعتم) فان اسم الراجع ينطلق على من فرغ من الرجوع وعلى من هو في الرجوع نفسه فهذه هي الكفارة التى ثبتت بالسمع وهي من المتفق عليها ولا خلاف أن من فاته الحج بعد ان شرع فيه إما بفوات ركن من أركانه وأما من قبل غلطه فى الزمان أو من قبل جهله أو نسيانه أو إتيانه فى الحج فعلا مفسداً له فان عليه القضاء اذا كان حجا واجبا وهل عليه هدى مع القضاء اختلفوا فيه وإن كان تطوعا فهل عليه قضاء أم لا الخلاف فى ذلك أم لا كله لكن الجمهور على أن عليه الهدى لكون النقصان الداخل عليه مشعراً بوجوب الهدى وشذ قوم فقالوا لا هدى أصلا ولا قضاء الا أن يكون فى حج واجب ومما يخص الحج الفاسد عند الجمهور دون سائر العبادات أنه يمضى فيه المفسد له ولا يقطعه وعليه دم وشذ قوم فقالوا هو كسائر العبادات وعمدة الجمهور ظاهر قوله تعالى (وأتموا الحج والعمرة لله) فالجمهور عمموا والمخالفون خصصوا قياسا على غيرها من العبادات اذا وردت عليها المفسدات واتفقوا على أن المفسد للحج اما من الافعال المأمور بها فترك الاركان التى هي شرط فى صحته على اختلافهم فيما هو ركن مما ليس بركن وأما من التروك المنهى عنها فالجماع وان كانوا اختلفوا في وقت الذى اذا وقع فيه الجماع كان مفسداً للحج فاما اجماعهم على افساد الجماع للحج فلقوله سبحانه (فمن فرض فيهن الحج فلا رفث ولا فسوق ولا جدال في الحج) واتفقوا على ان من وطىء قبل الوقوف بعرفة فقد أفسد حجه وكذلك من وطىء من المعتمرين قبل أن يطوف ويسعى واختلفوا في فساد الحج بالوطء بعد الوقوف بعرفة وقبل رمى جمرة العقبة وبعد رمى

الجمرة وقبل طواف الافاضة الذى هو الواجب فقال مالك والشافعى من وطىء قبل رمى جمرة العقبة فقد فسد حجه وعليه الهدى والقضاء وقال الشافعى وأبو حنيفة والثورى عليه الهدى بدنة وحجه تام وقد روى مثل هـذا عن مالك وقال من وطىء بعد رمى جمرة العقبة وقبل طواف الافاضة فحجه تام ويقول مالك فى ان الوطء قبل طواف الافاضة لايفسد الحج قال الجمهور ويلزمه عندهم الهدى وقالت طائفة من وطىء قبل طواف الافاضة فسد حجه وهوقول ابن عمر ✡ وسبب الخلاف ان للحج تحللا يشبه السلام في الصلاة وهو التحلل الاكبر وهو الافاضة وتحللا أصغر وهل يشترط في اباحة الجماع التحللان أو أحدهما ولا خلاف بينهم ان التحلل الاصغر الذى هو رمى الجمرة يوم النحر انه يحل به الحاج من كل شىء حرم عليه بالحج الا النساء والطيب والصيد فانهم اختلفوا فيه والمشهور عن مالك انه يحل له كل شىء الا النساء والطيب وقيـل عنه الا النساء والطيب والصيد لان الظاهر من قوله واذا حللتم فاصطادوا انه التحلل الاكبر واتفقوا أيضا على ان المعتمر يحل من عمرته اذا طاف بالبيت وسعى بين الصفا والمروة وان لم يكن حلق ولا قصر لثبوت الآثار في ذلك الا خلافا شاذا روى عن ابن عباس انه يحل بالطواف وقال أبو حنيفة لايحل الا بعد الحلاق وان جامع قبله فسدت عمرته واختلفوا في صفة الجماع الذى يفسد الحج وفي مقدماته فالجمهور على ان التقاء الختانين يفسد الحج ويحتمل من يشترط في وجوب الطهر الانزال مع التقاء الختانين ان يشترطه في الحج واختلفوا في انزال المـاء في مادون الفرج فقال أبو حنيفة لايفسد الحج الا الانزال في الفرج وقال الشافعى مايوجب الحد يفسد الحج وقال مالك الانزال نفسه يفسد الحج وكذلك مقدماته من المباشرة والقبلة واستحب الشافعى فيمن جامع دون الفرج أن يهدى واختلفوا فيمن وطىء مرارا فقال مالك ليس عليه الا هدى واحد وقال أبو حنيفة ان كرر الوطء في مجلس واحد كان عليه هدى واحـد وان كرره في مجالس كان عليه لـكل وطء هدى وقال محمد بن الحسن يجزيه هدى واحد وان كرر الوطء مالم يهد لوطئه الاولى وعن الشافعى الثـلاثة الاقوال الا ان الاشهر عنه مثل قول مالك واختلفوا فيمن وطىء ناسياً فسوى مالك فى ذلك بين العمد والنسيـان وقال الشافعى فى الجديد لا كفارة عليه واختلفوا هل على المرأة هدى فقال مالك ان طاوعته فعليها هدى وان أكرهها فعليه هديان وقال الشافعى ليس عليه الا هدى واحد كقوله في المجامع في رمضان وجمهور العلماء على انهما اذا حجا من قابل تفرقا أعنى الرجل والمرأة وقيل لايفترقان والقول بان لايفترقان مروى عن بعض الصحابة والتابعين وبه قال

أبو حنيفة واختلف قول مالك والشافعي من أين يفترقان فقال الشافعي يفترقان من حيث أفسد الحج ،وقال مالك يفترقان من حيث أحرما الا أن يكونا أحرما قبل الميقات فمن أخذهما بالافتراق فسداً للذريعة وعقوبة ومن لم يأخذهما به فجريا على الاصل وانه لايثبت حكم في هذا الباب الابسماع .واختلفوا في الهدى الواجب في الجماع ماهو فقال مالك وأبو حنيفة هو شاة وقال الشافعي لاتجزيه الا بدنة وان لم يجد قومت البدنة دراهم وقومت الدراهم طعاما فان لم يجد صام عن كل مد يوماً قال والاطعام والهدى ولا يجزى الا بمكة أو بمنى والصوم حيث شاء ،وقال مالك كل نقص دخل الاحرام من وطء أو حلق شعر أو احصار فان صاحبه ان لم يجد الهدى صام ثلاثة أيام في الحج وسبعة اذا رجع ولا يدخل الاطعام فيه فمالك شبه الدم اللازم ههنا بدم المتمتع والشافعي شبهه بالدم الواجب في الفدية والاطعام عندمالك لايكون الا في كفارة الصيد وكفارة ازالة الاذى والشافعي يرى أن الصيام والاطعام قد وقعا بدل الدم في موضعين ولم يقع بدلهما الا في موضع واحد فقياس المسكوت عنه على المنطوق به في الاطعام أولى فهذا مايخص الفساد بالجماع . واماالفساد بفوات الوقت وهو أن يفوته الوقوف بعرفة يوم عرفه فان العلماء أجمعوا أن من هذه صفته لايخرج من احرامه الا بالطواف بالبيت والسعي بين الصفا والمروة أعني أنه يحل ولا بد بعمرة وانه عليه حج قابل. واختلفوا هل عليه هدى أم لافقال مالك والشافعي وأحمد والثوري وأبو ثور عليه الهدى وعمدتهم اجماعهم على أن من حبسه مرض حتى فاته الحج أن عليه الهدى،وقال أبوحنيفة يتحلل بعمرة ويحج من قابل ولا هدى عليه وحجة الكوفيين أن الاصل في الهدى انما هو بدل من القضاء فاذا كان القضاء فلا هدى الا ماخصصه الاجماع واختلف مالك والشافعي وأبوحنيفة فيمن فاته الحج وكان قارناهل يقضي حجا مفرداً أومقرونا بعمرة فذهب مالك والشافعي الى انه يقضي قارنالانه انما يقضي مثل الذى عليه ،وقال ابوحنيفة ليس عليه الا الافراد لانه قد طاف لعمرته فليس يقضي الا مافاته وجمهور العلماء على أن من فاته الحج أنه لا يقيم على احرامه ذلك الى عام آخر وهذا هو الاختيار عند مالك الا انه أجاز ذلك ليسقط عنه الهدى ولا يحتاج أن يتحلل بعمرة وأصل اختلافهم في هذه المسئلة اختلافهم فيمن أحرم بالحج في غير أشهر الحج فمن لم يجعله محرما لم يجز للذى فاته الحج ان يبقى محرما الى عام آخر ومن أجاز الاحرام في غير أيام الحج أجاز له البقاء محرما (قال القاضي) فقد قلنا في الكفارات الواجبة بالنص في الحج وفي صفة القضاء في الحج الفائت والفاسد وفي صفة احلال من فاته الحج وقلنا قبل ذلك في الكفارات المنصوص عليها وما ألحق الفقهاء

بذلك من كفارة المفسد حجه وبقى ان نقول في الكفارات التى اختلفوا فيها في ترك نسك منها من مناسك الحج مما لم ينص عليه .

(القول في الـكفارات المسكوت عنها)

فنقول ان الجمهور اتفقوا على أن النسك ضربان نسك هو سنة مؤكدة ونسك هو مرغب فيه فالذى هو سنة يجب على تاركه الدم لانه حج ناقص أصله المتمتع والقارن وروى عن ابن عباس انه قال من فاته من نسكه شيء فعليه دم . وأما الذى هو نفل فلم يروا فيه دما ولكنهم اختلفوا اختلافا كثيرا في ترك نسك نسك هل فيـه دم أم لا وذلك لاختلافهم فيه هل هو سنة أو نفل . وأما ما كان فرضا فلا خلاف عندهم انه لا يجبر بالدم وانما يختلفون في الفعل الواحـد نفسه من قبل اختلافهم هل هو فرض أم لا وأما أهـل الظاهر فانهم لايرون دما الاحيث ورد النص لتركهم القياس وبخاصة في العبادات وكذلك اتفقوا على انما كان من المتروك مسنونا ففعـل ففيه فدية الاذى وما كان مرغبا فيـه فليس فيـه شيء . واختلفوا في ترك فعل لاختلافهم هل هو سنة أم لا وأهل الظاهر لا يوجبون الفدية الا فى المنصوص عليه ونحن نذكر المشهور ومن اختلاف الفقهاء في ترك نسك نسك أعنى في وجوب الدم أولا وجوبه من أول المناسك الى آخرها وكذلك فى فعل محظور محظور فأول مااختلفوا فيه من المناسك من جاوز الميقات فلم يحرم هل عليه دم فقال قوم لادم عليـه وقال قوم عليه الدم وان رجع وهو قول مالك وابن المبارك وروى عن الثورى وقال قوم ان رجع اليه فليس عليه دم وان لم يرجع فعليه دم وهو قول الشافعي وأبى يوسف ومحمد ومشهور قول الثورى ، وقال أبو حنيفة ان مليا فلا دم عليه وان رجع غير ملب كان عليه الدم وقال قوم هو فرض ولايجبره بالدم . واختلفوا فيمن غسـل رأسه بالخطمى فقال مالك وأبو حنيفة يفتدى وقال الثورى وغيره لاشيء عليه ورأى مالك أن فى الحمام الفدية واباحه الاكثرون وروى عن ابن عبـاس من طريق ثابت دخوله والجمهور على انه يفتـدى من لبس من المحرمين مانهى عن لباسه . واختلفوا اذا لبس السراويل لعدمه الازار هل يفتـدى أم لا فقال مالك وأبو حنيفة يفتدى وقال الثورى وأحمـد وأبو ثور وداود لاشيء عليه اذا لم يجد ازاراً وعمدة من منع النهى المطلق وعمـدة من لم ير فيـه فدية حديث عمرو بن دينار عن جابر وابن عباس قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : السراويل لمن لم يجد الازار والخف لمن لم يجد النعلين واختلفوا فيمن لبس الخفين مقطوعين مع وجود النعلين فقال مالك عليـه الفدية

وقال أبو حنيفة لا فدية عليه والقولان عن الشافعي واختلفوا في لبس المرأة للقفازين هل فيه فدية أم لا وقدذكرنا كثيراً من هذه الاحكام في باب الاحرام وكذلك اختلفوا فيمن ترك التلبية هل عليه دم أم لا وقد تقدم. واتفقوا على ان من نكس الطواف أو نسى شوطاً من أشواطه انه يعيد مادام بمكة واختلفوا اذا بلغ الى أهله فقال قوم منهم أبو حنيفة يجزيه الدم وقال قوم بل يعيده ويجبر مانقصه ولا يجزيه الدم وكذلك اختلفوا في وجوب الدم على من ترك الرمل في الثلاثة الاشواط وبالوجوب قال ابن عباس والشافعي وأبو حنيفة وأحمد وأبو ثور واختلف في ذلك قول مالك وأصحابه والخلاف في هذه الاشياء كلها مبناه على أنه هل هو سنة أم لا وقد تقدم القول في ذلك وتقبيل الحجر أو تقبيل يده بعد وضعها عليه اذا لم يصل الحجر عند كل من لم يوجب الدم قياسا على المتمتع اذا تركه فيه دم وكذلك اختلفوا فيمن نسى ركعتى الطواف حتى رجع الى بلده هل عليه دم أم لا فقال مالك عليه دم وقال الثورى يركعهما ما دام في الحرم وقال الشافعي وأبو حنيفة يركعهما حيث شاء والذين قالوا في طواف الوداع أنه ليس بفرض اختلفوا فين تركه ولم تمكن له العودة اليه هل عليه دم أم لا فقال مالك ليس عليه شيء الا أن يكون قريبا فيعود وقال أبو حنيفة والثورى عليه دم ان لم يعد وانما يرجع عندهم مالم يبلغ المواقيت وحجة من لم يره سنة مؤكدة سقوطه عن المكي والحائض وعند أبى حنيفة انه اذا لم يدخل الحجر في الطواف أعاد مالم يخرج من مكة فان خرج فعليه دم. واختلفوا هل من شرط صحة الطواف المشى فيه مع القدرة عليه فقال مالك هو من شرطه كالقيام في الصلاة فان عجز كان كصلاة القاعد ويعيد عنده أبدا الا اذا رجع الى بلده فان عليه دما وقال الشافعي الركوب في الطواف جائز لان النبى صلى الله عليه وسلم طاف بالبيت راكبا من غير مرض ولكنه احب ان يستشرف الناس اليه ومن لم ير السعى واجبا فعليه فيه دم لذا انصرف الى بلده ومن رآه تطوعا لم يوجب فيه شيئا وقد تقدم اختلافهم أيضا فيمن قدم السعى على الطواف هل فيه دم اذا لم يعد حتى يخرج من مكة أم ليس فيه دم واختلفوا في وجوب الدم على من دفع من عرفة قبل الغروب فقال الشافعي وأحمد ان عاد فدفع بعد غروب الشمس فلا دم عليه وان لم يرجع حتى طلع الفجر وجب عليه الدم وقال أبو حنيفة والثورى عليه الدم رجع أو لم يرجع وقد تقدم هذا . واختلفوا فيمن وقف من عرفة بعرنة فقال الشافعي لا حج له وقال مالك عليه دم * وسبب الاختلاف هل النهى على الوقوف بها من باب الحظر أو من باب الكراهية وقد ذكرنا في باب أفعال الحج الى انقضائها كثيراً من اختلافهم فيها في تركه دم وما ليس فيه دم وان كان الترتيب يقتضى ذكره في هذا الموضع والاسهل ذكره هنالك (قال

القاضي) فقد قلنا في وجوب هذه العبادة وعلى من تجب وشروط وجوبها ومتى تجب وهي التى تجرى مجرى المقدمات لمعرفة هذه العبادة وقلنا بعد ذلك فى زمان هذه العبادة ومكانها ومحظوراتها وما اشتملت عليه أيضاً من الافعال في مكان مكان من اما كنها وزمان زمان من أزمنتها الجزئية الى انقضاء زمانها ثم قلنا في احكام التحلل الواقع فى هذه العبادة وما يقبل من ذلك الاصلاح بالكفارات وما لا يقبل الاصلاح بل يوجب الاعادة وقلنا أيضا في حكم الاعادة بحسب موجباتها وفي هذا الباب يدخل من شرع فيها فاحصر بمرض أو عدو أو غير ذلك والذى بقى من أفعال هذه العبادة هو القول فى الهدى وذلك أن هذا النوع من العبادات هو جزء من هذه العبادة وهو مما ينبغى أن يفرد بالنظر فلنقل فيه

(القول في الهدى)

فنقول أن النظر في الهدى يشتمل على معرفة وجوبه وعلى معرفة جلسه وعلى معرفة حسنه وكيفية سوقه ومن أين يساق والى أين ينتهى بسوقه وهو موضع نحره وحكم لحمه بعد النحر فنقول انهم قد أجمعوا على أن الهدى المسوق في هذه العبادة منه واجب ومنه تطوع فالواجب منه ما هو واجب بالنذر ومنه ما هو واجب فى بعض أنواع هذه العبادة ومنه ما هو واجب لانه كفارة . فاما ما هو واجب في بعض أنواع هذه العبادة فهو هدى المتمتع باتفاق وهدى القارن باختلاف، وأما الذى هو كفارة فهدى القضاء على مذهب من يشترط فيه الهدى وهدى كفارة الصيد وهدى القاء الاذى والتفث وما أشبه ذلك من الهدى الذى قاسه الفقهاء في الاخلال بنسك نسك منها على المنصوص عليه . فاما جنس الهدى فان العلماء متفقون على انه لا يكون الهدى الا من الازواج الثمانية التى نص الله عليها وان الافضل في الهدايا هي الابل ثم البقر ثم الغنم ثم المعز وإنما اختلفوا في الضحايا وأما الاسنان فانهم أجمعوا ان الثنى فما فوقه يجزى منها وانه لا يجزى الجذع من المعز في الضحايا والهدايا لقوله عليه الصلاة والسلام لابى بردة : يجزى عنك ولا يجزى عن أحد بعدك . واختلفوا في الجذع من الضأن فاكثر أهل العلم يقولون بجوازه فى الهدايا والضحايا وكان ابن عمر يقول لا يجزى في الهدايا الا التى من كل جلس ولا خلاف فى ان الاعلى ثمنا من الهدايا أفضل وكان الزبير يقول لبنيه يابنى لا يهدين أحدكم لله من الهدى شيئا يستحي أن يهديه لكريمه فان الله أكرم الكرماء وأحق من اختير له وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم في الرقاب وقد قيل له أيها أفضل فقال : أغلاها ثمنا وأنفسها عند أهلها

وليس في عدد الهدى حد معلوم وكان هدى رسول الله صلى الله عليه وسلم مائة . وأما كيفية سوق الهدى فهو التقليد والاشعار بانه هدى لان رسول الله صلى الله عليه وسلم خرج عام الحديبية فلما كان بذى الحليفة قلد الهدى وأشعره وأحرم واذا كان الهدى من الابل والبقر فلا خلاف انه يقلد نعلا: أو نعلين أو ما أشبه ذلك لمن لم يجد النعال واختلفوا في تقليد الغنم فقال مالك وأبو حنيفة لا تقلد الغنم وقال الشافعي وأحمد وأبو ثور وداود تقلد لحديث الأعمش عن ابراهيم عن الاسود عن عائشة ان النبي صلى الله عليه وسلم أهدى الى البيت مرة غنما فقلده واستحبوا توجيهه الى القبلة في حين تقليده واستحب مالك الاشعار من الجانب الايسر لما رواه عن نافع عن ابن عمر أنه كان اذا أهدى هديا من المدينة قلده وأشعره بذى الحليفة قلده قبل أن يشعره وذلك في مكان واحد وهو موجه للقبلة يقلده بنعلين ويشعره من الشق الايسر ثم يساق معه حتى يوقف به مع الناس بعرفة ثم يدفع به معهم اذا دفعوا واذا قدم منى غداة النحر قبل أن يحلق أو يقصر وكان هو ينحر هديه بيده يصفهن قياما ويوجههن القبلة ثم يأكل ويطعم واستحب الشافعي وأحمد وأبو ثور الاشعار من الجانب الايمن لحديث ابن عباس ان رسول الله صلى الله عليه وسلم صلى الظهر بذى الحليفة ثم دعا ببدنة فاشعرها من صفحة سنامها الايمن ثم سلت الدم عنها وقلدها بنعلين ثم ركب راحلته فلما استوت على البيداء أهل بالحج . وأما من أين يساق الهدى فان مالكا يرى أن من سنته أن يساق من الحل ولذلك ذهب الى أن من اشترى الهدى بمكة ولم يدخله من الحل ان عليه أن يقفه بعرفة وان لم يفعل فعليه البدل واما ان كان أدخله من الحل فيستحب له أن يقفه بعرفة وهو قول ابن عمر وبه قال الليث وقال الشافعي والثورى وأبو ثور وقوف الهدى بعرفة سنة ولا حرج على من لم يقفه كان داخلا من الحل أو لم يكن وقال أبو حنيفة ليس توقيف الهدى بعرفة من السنة وحجة مالك في ادخال الهدى من الحل الى الحرم ان النبي عليه السلام كذلك فعل وقال خذوا عنى مناسككم وقال الشافعي التعريف سنة مثل التقليد وقال أبو حنيفة ليس التعريف بسنة وانما فعل ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم لان مسكنه كان خارج الحرم وروى عن عائشة التخيير في تعريف الهدى أولا تعريفه . وأما محله فهو البيت العتيق كما قال تعالى « ثم محلها الى البيت العتيق » وقال « هديا بالغ الكعبة » وأجمع العلماء على ان الكعبة لا يجوز لاحد فيها ذبح وكذلك المسجد الحرام وان المعنى في قوله هديا بالغ الكعبة انه انما أراد به النحر بمكة احسانا منه لمساكينهم وفقرائهم وكان مالك يقول انما المعنى في قوله هديا بالغ

الكعبة مكة وكان لايجتزئ لمن نحر هديه في الحرم الا أن ينحره بمكة وقال الشافعي وأبو حنيفة ان نحره في غير مكة من الحرم أجزأه وقال الطبري يجوز نحر الهدي حيث شاء المهدي الاهدي القران وجزاء الصيد فانهما لاينحران الا بالحرم وبالجملة فالنحر بمنى اجماع من العلماء وفي العمرة بمكة الا مااختلفوا فيه من نحر المحصر وعند مالك ان نحر للحج بمكة وللعمرة بمنى أجزأه وحجة مالك في انه لايجوز النحر بالحرم الا بمكة قوله صلى الله عليه وسلم : وكل فجاج مكة وطرقها منحر واستثنى مالك من ذلك هدي الفدية فاجاز ذبحه بغير مكة . واما متى ينحر فان مالكا قال ان ذبح هدي التمتع أو التطوع قبل يوم النحر لم يجزه وجوزه أبو حنيفة في التطوع وقال الشافعي يجوز في كليهما قبل يوم النحر ولا خلاف عند الجمهور ان ماعدل من الهدي بالصيام انه يجوز حيث شاء لانه لامنفعة في ذلك لا لأهل الحرم ولا لأهل مكة وانما اختلفوا في الصدقة المعدولة عن الهدي فجمهور العلماء على انها لمساكين مكة والحرم لأنها بدل من جزاء الصيد الذي هو لهم وقال مالك الاطعام كالصيام يجوز بغير مكة . وأما صفة النحر فالجمهور مجمعون على ان التسمية مستحبة فيها لانها زكاة ومنهم من استحب مع التسمية التكبير ويستحب للمهدي أن يلي نحر هديه بيده وان استخلف جاز وكذلك فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم في هديه ومن سنتها أن تنحر قياما لقوله سبحانه « فاذكروا اسم الله عليها صواف » وقد تكلم في صفة النحر في كتاب الذبائح . وأما ما يجوز لصاحب الهدي من الانتفاع به وبلحمه فان في ذلك مسائل مشهورة ، أحدها هل يجوز له ركوب الهدي الواجب أو التطوع فذهب أهل الظاهر الى أن ركوبه جائز من ضرورة ومن غير ضرورة وبعضهم أوجب ذلك وكره جمهور فقهاء الامصار ركوبها من غير ضروة والحجة للجمهور ماخرجه أبو داود عن جابر وقد سئل عن ركوب الهدي فقال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول اركبها بالمعروف اذا ألجئت اليها حتى تجد ظهراً ومن طريق المعنى ان الانتفاع بما قصد به القربة الى الله تعالى منعه مفهوم من الشريعة وحجة أهل الظاهر مارواه مالك عن أبي الزناد عن الاعرج عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم : رأى رجلا يسوق بدنة فقال اركبها فقال يارسول الله انها هدي فقال اركبها ويلك في الثانية أو في الثالثة وأجمعوا ان هدي التطوع اذا بلغ محله انه يأكل منه صاحبه كسائر الناس وانه اذا عطب قبل ان يبلغ محله خلى بينه وبين الناس ولم تأكل منه وزاد داود ولا يطعم منه شيئاً أهل رفقته لما ثبت ان رسول صلى الله عليه وسلم بعث بالهدي مع ناجية الاسلمي وقال له ان عطب منها شيء

فانحره ثم أصبغ نعليه فى دمه وخل بينه وبين الناس وروى عن ابن عباس هذا الحديث فزاد فيه ولا تأكل منه أنت ولا أهل رفقتك وقال بهذه الزيادة داود وأبو ثور واختلفوا فيما يجب على من أكل منه فقال مالك إن أكل منه وجب عليه بدله وقال الشافعى وأبو حنيفة والثورى وأحمد وابن حبيب من أصحاب مالك عليه قيمة ما أكل أو أمر باكله طعاما يتصدق به وروى ذلك عن على وابن مسعود وابن عباس وجماعة من التابعين وما عطب فى الحرم قبل أن يصل مكة فهل بلغ محله أم لا فيه الخلاف مبنى على الخلاف المتقدم هل المحل هو مكة أو الحرم . وأما الهدى الواجب اذا عطب قبل محله فان لصاحبه أن يأكل منه لان عليه بدله ومنهم من أجاز له بيع لحمه وأن يستعين به فى البدل وكره ذلك مالك . واختلفوا فى الاكل من الهدى الواجب اذا بلغ محله فقال الشافعى لا يؤكل من الهدى الواجب كله لحمه كله للمساكين وكذلك جله ان كان مجللا والنعل الذى قلد به وقال مالك يؤكل من كل الهدى الواجب الا جزاء الصيد ونذر المساكين وفدية الاذى وقال أبو حنيفة لا يؤكل من الهدى الواجب الا هدى المتعة وهدى القران وعمدة الشافعى تشبيه جميع أصناف الهدى الواجب بالكفارة ، وأما من فرق فلانه يظهر فى الهدى معنيان ، أحدهما أنه عبادة مبتدأة والثانى انه كفارة وأحد المعنيين فى بعضها أظهر فمن غلب شبهه بالعبادة على شبهه بالكفارة فى نوع نوع من أنواع الهدى كهدى القران وهدى التمتع وبخاصة عند من يقول ان التمتع والقران أفضل لم يشترط ان لا يأكل لان هذا الهدى عنده هو فضيلة لا كفارة تدفع العقوبة ومن غلب شبهه بالكفارة قال لا يأكله لاتفاقهم على انه لا يأكل صاحب الكفارة من الكفارة ولما كان هدى جزاء الصيد وفدية الاذى ظاهر من أمرها انهما كفارة لم يختلف هؤلاء الفقهاء فى أنه لا يأكل منها (قال القاضى) فقد قلنا فى حكم الهدى وفى جنسه وفى سنه وكيفية سوقه وشروط صحته من المكان والزمان وصفة نحره وحكم الانتفاع به وذلك ما قصدناه والله الموفق للصواب وبتمام القول فى هذا بحسب ترتيبنا تم القول فى هذا الكتاب بحسب غرضنا ولله الشكر والحمد كثيرا على ماوفق وهدى ومن به من التمام والكمال وكان الفراغ منه يوم الاربعاء التاسع من جمادى الاولى الذى هو من عام أربعة وثمانين وخمسمائة وهو جزء من كتاب بداية المجتهد الذى وضعته منذ أزيد من عشرين عاما أو نحوها والحمد لله رب العالمين كان رضى الله عنه عزم حين تأليف الكتاب أولا ألا يثبت كتاب الحج ثم بداله بعد فأثبته .



(بسم الله الرحمن الرحيم)

وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم تسليما

كتاب الجهاد

والقول المحيط باصول هذا الباب ينحصر في جملتين ، الجملة الاولى في معرفة أركان الحرب ، الثانية في أحكام أموال المحاربين اذا تملكها المسلمون .

(الجملة الاولى) وفي هذه الجملة فصول سبعة ،أحدها معرفة حكم هذه الوظيفة ولمن تلزم ، والثاني معرفة الذين يحاربون ؛ والثالث معرفة مايجوز من النكاية في صنف صنف من أصناف أهل الحرب ومما لايجوز ،والرابع معرفة جواز شروط الحرب والخامس معرفة العدد الذين لايجوز الفرار عنهم ؛ والسادس هل تجوز المهادنة؛والسابع لماذا يحاربون .

(الفصل الاول)

فاما حكم هذه الوظيفة فاجمع العلماء على انها فرض على الكفاية لافرض عين الا عبد الله بن الحسن فانه قال انها تطوع وانما صار الجمهور لكونه فرضا لقوله تعالى (كتب عليكم القتال وهو كره لكم) الآية وأما كونه فرضا على الكفاية أعني اذا قام به البعض سقط عن البعض فلقوله تعالى (وماكان المؤمنون لينفروا كافة) الآية وقوله (وكلا وعد الله الحسنى) ولم يخرج قط رسول الله صلى الله عليه وسلم للغزو الا وترك بعض الناس فاذا اجتمعت هذه اقتضى ذلك كون هذه الوظيفة فرضا على الكفاية . وأما على من يجب فهم الرجال الاحرار البالغون الذين يجدون بما يغزون الاصحاء لا المرضى ولا الزمنى وذلك لاخلاف فيه لقوله تعالى) ليس على الاعمى حرج ولا على الاعرج حرج ولا على المريض حرج) وقوله (ليس على الضعفاء ولا على المرضى ولا على الذين لايجدون ماينفقون حرج والآية) وأما كون هذه الفريضة تختص بالاحرار فلا أعلم فيها خلافا وعامة العلماء متفقون على ان من شرط الفريضة اذن الابوين فيها الا أن تكون عليه فرض عين مثل ان لايكون هنالك من يقوم بالفرض الا بقيام الجميع به ✫ والاصل في هذا ماثبت ان رجلا قال لرسول الله صلى الله عليه وسلم انى أريد الجهاد قال أحي والداك قال نعم قال ففيهما فجاهد . واختلفوا في اذن الابوين المشركين وكذلك اختلفوا

في اذن الغريم اذا كان عليه دين لقوله عليه الصلاة والسلام وقد ساله الرجل : أيكفر الله عنى خطاياى ان مت صابرا محتسبا في سبيل الله قال نعم الا الدين كذلك قال لى جبريل آنفا والجمهور على جواز ذلك وبخاصة اذا تخلف وفاء من دينه .

الفصل الثاني

فاما الذين يحاربون فاتفقوا على انهم جميع المشركين لقوله تعالى (وقاتلوهم حتى لاتكون فتنة ويكون الدين كله لله) الا ماروى عن مالك انه قال لايجوز ابتداء الحبشة بالحرب ولا الترك لماروى أنه عليه الصلاة والسلام قال . ذروا الحبشة ماوذرتكم وقد سئل مالك عن صحة هذا الاثر فلم يعترف بذلك لكن قال لم يزل الناس يتحامون غزوهم

الفصل الثالث

وأما مايجوز من النكاية في العدو فان النكاية لاتخلو أن تكون في الاموال أو في النفوس أو في الرقاب أعنى الاستعباد والتملك. فاما النكاية التى هى الاستعباد فهى جائزة بطريق الاجماع في جميع أنواع المشركين أعنى بذكرانهم وإناثهم شيوخهم وصبيانهم صغارهم وكبارهم الا الرهبان فان قوما رأوا أن يتركوا ولا يؤسروا بل يتركوا دون أن يعرض اليهم لا بقتل ولا باستعباد لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم : فذرهم وما حبسوا أنفسهم اليه اتباعا لفعل أبى بكر وأكثر العلماء على أن الامام مخير فى الاسارى فى خصال منها أن يمن عليهم ومنها أن يستعبدهم و منها أن يقتلهم ومنها أن ياخذ منهم الفداء ومنها أن يضرب عليهم الجزية وقال قوم لايجوز قتل الاسير وحكى الحسن بن محمد التميمى انه اجماع الصحابة * والسبب فى اختلافهم تعارض الآية فى هذا المعنى وتعارض الافعال ومعارضة ظاهر الكتاب لفعله عليه الصلاة والسلام وذلك ان ظاهر قوله تعالى (فاذا لقيتم الذين كفروا فضرب الرقاب) الآية انه ليس للامام بعد الاسر الا المن أو الفداء وقوله تعالى (ما كان لنبى أن يكون له أسرى حتى يثخن في الارض) الآية * والسبب الذى نزلت فيه من أسارى بدر يدل على ان القتل أفضل من الاستعباد واما هو عليه الصلاة والسلام فقد قتل الاسارى في غير ما موطن وقد من واستعبد النساء وقد حكى أبو عبيد انه لم يستعبد احرار ذكور العرب وأجمعت الصحابة بعده على استعباد أهل الكتاب ذكرانهم واناثهم فمن رأى ان الآية الخاصة بقتل الاسارى ناسخة لفعله قال لايقتل الاسير ومن رأى أن الآية ليس فيها ذكر لقتل الاسير ولا المقصود منها حصر مايفعل بالاسارى بل فعله عليه الصلاة والسلام هو حكم زائد

على ما في الآية ويحط العتب الذى وقع فى ترك قتل أسارى بدر. قال بجواز قتل الاسير والقتل انما يجوز اذا لم يكن يوجد بعد تأمين وهذا ما لا خلاف فيه بين المسلمين وانما اختلفوا فيمن يجوز تأمينه ممن لا يجوز. واتفقوا على جواز تأمين الامام. وجهور العلماء على جواز أمان الرجل الحر المسلم الا ما كان ابن الماجشون يرى أنه موقوف على اذن الامام. واختلفوا في أمان العبد وأمان المرأة فالجمهور على جوازه وكان ابن الماجشون وسحنون يقولان امان المرأة موقوف على اذن الامام وقال أبو حنيفة لا يجوز أمان العبد الا أن يقاتل ✡ والسبب في اختلافهم معارضة العموم للقياس أما العموم فقوله عليه الصلاة والسلام : المسلمون تتكافأ دماؤهم ويسعى بذمتهم أدناهم وهم يد على من سواهم فهذا يوجب أمان العبد بعمومه وأما القياس المعارض له فهو أن الامان من شرطه الكمال والعبد ناقص بالعبودية فوجب أن يكون للعبودية تأثير فى اسقاطه قياسا على تأثيرها في اسقاط كثير من الاحكام الشرعية وان نخصص ذلك العموم بهذا القياس. واما اختلافهم في أمان المرأة فسببه اختلافهم في مفهوم قوله عليه الصلاة والسلام : قد أجرنا من أجرت يا أم هانيء وقياس المرأة في ذلك على الرجل وذلك أن من فهم من قوله عليه الصلاة والسلام : قد أجرنا من أجرت يا أم هانيء اجازة أمانها لا صحته في نفسه وانه لولا اجازته ذلك لم يؤثر قال لا أمان للمرأة الا أن يجيزه الامام ومن فهم من ذلك ان امضاءه أمانها كان من جهة انه قد كان انعقد وأثر لا من جهة أن اجازته هي التى صححت عقده قال أمان المرأة جائز وكذلك من قاسها على الرجل ولم ير بينهما فرقا في ذلك أجاز أمانها ومن رأى أنها ناقصة عن الرجل لم يجز أمانها وكيفما كان فالامان غير مؤثر في الاستعباد وانما يؤثر في القتل وقد يمكن أن يدخل الاختلاف في هذا من قبل اختلافهم في ألفاظ جموع المذكر هل يتناول النساء أم لا أعنى بحسب العرف الشرعى. وأما النكاية التى تكون في النفوس فهى القتل ولا خلاف بين المسلمين انه يجوز فى الحرب قتل المشركين الذكران البالغين المقاتلين. وأما القتل بعد الاسر ففيه الخلاف الذى ذكرنا وكذلك لا خلاف بينهم في انه لا يجوز قتل صبيانهم ولا قتل نسائهم مالم تقاتل المرأة والصبى فاذ قاتلت المرأة استبيح دمها وذلك لما ثبت أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن قتل النساء والولدان وقال في امرأة مقتولة ما كانت هذه لتقاتل. واختلفوا فى أهل الصوامع المنتزعين عن الناس والعميان والزمنى والشيوخ الذين لا يقاتلون والمعتوه والحراث والعسيف فقال مالك لا يقتل الاعمى ولا المعتوه ولا أصحاب الصوامع ويترك لهم من أموالهم بقدر ما يعيشون

به وكذلك لا يقتل الشيخ الفاني عنده وبه قال أبو حنيفة وأصحابه وقال الثوري والاوزاعي لا يقتل الشيوخ فقط وقال الاوزاعي لايقتل الحراث وقال الشافعي في الاصح عنده يقتل جميع هذه الاصناف ❊ والسبب في اختلافهم معارضة بعض الآثار بخصوصها لعموم الكتاب ولعموم قوله عليه الصلاة والسلام الثابت : أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله الا الله الحديث وذلك أن قوله تعالى (فاذا انسلخ الاشهر الحرم فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم) يقتضى قتل كل مشرك راهبا كان أو غيره وكذلك قوله عليه الصلاة والسلام : أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله الا الله. وأما الآثار التي وردت باستبقاء هذه الاصناف فنها ما رواه داود بن الحصين عن عكرمة عن ابن عباس ان النبي صلى الله عليه وسلم كان اذا بعث جيوشه قال: لا تقتلوا أصحاب الصوامع ومنها أيضا ما روى عن أنس بن مالك عن النبي عليه الصلاة والسلام قال: لا تقتلوا شيخا فانيا ولا طفلا صغيرا ولا امرأة ولا تغلوا خرجه أبو داود ومن ذلك أيضا ما رواه مالك عن أبي بكر أنه قال : ستجدون قوما زعموا انهم حبسوا أنفسهم لله فدعهم وما حبسوا أنفسهم له وفيه ولا تقتلن امرأة ولا صبيا ولا كبيرا هرما ويشبه أن يكون السبب الاملك في الاختلاف في هذه المسئلة معارضة قوله تعالى (وقاتلوا في سبيل الله الذين يقاتلونكم ولا تعتدوا ان الله لا يحب المعتدين) لقوله تعالى(فاذا انسلخ الاشهر الحرم فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم) الآية فمن رأى ان هذه ناسخة لقوله تعالى (وقاتلوا في سبيل الله الذين يقاتلونكم)لان القتال أولا انما أبيح لمن يقاتل قال الاية على عمومها ومن رأى ان قوله تعالى (وقاتلوا في سبيل الله الذين يقاتلونكم) هي محكمة وانها تتناول هؤلاء الاصناف الذين لا يقاتلون استثناها من عموم تلك وقد احتج الشافعي بحديث سمرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال:اقتلوا شيوخ المشركين واستحيوا شرخهم وكان العلة الموجبة للقتل عنده انما هي الكفر فوجب أن تطرد هذه العلة في جميع الكفار . وأما من ذهب الى انه لا يقتل الحراث فانه احتج في ذلك بما روى عن زيد بن وهب قال أتانا كتاب عمر رضى الله عنه وفيه ولا تغلوا ولا تغدروا ولاتقتلوا وليداً واتقوا الله في الفلاحين وجاء في حديث رباح بن ربيعة النهى عن قتل العسيف المشرك وذلك انه خرج مع رسول الله صلى الله عليه وسلم في غزوة غزاها فمر رباح وأصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم على امرأة مقتولة فوقف رسول الله صلى الله عليه وسلم عليها ثم قال ماكانت هذه لتقاتل ثم نظر في وجوه القوم فقال لاحدهم الحق بخالد بن الوليد فلا يقتلن ذرية ولا عسيفا ولا امرأة ❊ والسبب الموجب بالجملة لاختلافهم اختلافهم في العلة الموجبه للقتل فمن زعم ان العلة الموجبة لذلك هي الكفر

لم يستثن أحدا من المشركين ومن زعم أن العلة فى ذلك اطاقة القتال للنهى عن قتل النساء مع انهن كفار واستثنى من لم يطق القتال ومن لم ينصب نفسه اليه كالفلاح والعسيف وصح النهى عن المثلة واتفق المسلمون على جواز قتلهم بالسلاح . واختلفوا في تحريقهم بالنار فكره قوم تحريقهم بالنار ورميهم بها وهو قول عمر ويروى عن مالك وأجاز ذلك سفيان الثورى وقال بعضهم ان ابتدء العدو بذلك جاز والا فلا ٭ والسبب في اختلافهم معارضة العموم للخصوص . أما العموم فقوله تعالى (فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم) ولم يستثن قتلا من قتل . وأما الخصوص فما ثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : في رجل ان قدرتم عليه فاقتلوه ولا تحرقوه بالنار فانه لا يعذب بالنار الا رب النار واتفق عوام الفقهاء على جواز رمى الحصون بالمجانيق سواء كان فيها نساء وذرية أو لم يكن لما جاء ان النبي عليه الصلاة والسلام : نصب المنجنيق على أهل الطائف . وأما اذا كان الحصن فيه أسارى من المسلمين وأطفال من المسلمين فقالت طائفة يكف عن رميهم بالمنجنيق وبه قال الاوزاعى وقال الليث ذلك جائز ومعتمد من لم يجزه قوله تعالى (لو تزيلوا لعذبنا الذين كفروا منهم عذابا أليما) الآية . وأما من أجاز ذلك فكأنه نظر الى المصلحة فهذا هو مقدار النكاية التى يجوز أن تبلغ بهم في نفوسهم ورقابهم . وأما النكاية التى تجوز في أموالهم وذلك في المبانى والحيوان والنبات فانهم اختلفوا في ذلك فاجاز مالك قطع الشجر والثمار وتخريب العامر ولم يجز قتل المواشى ولا تحرق النخل وكره الاوزاعى قطع الشجر المثمر وتخريب العامر كنيسة كان أو غير ذلك وقال الشافعى تحرق البيوت والشجر اذا كانت لهم معاقل وكره تخريب البيوت وقطع الشجر اذا لم يكن لهم معاقل ٭ والسبب في اختلافهم مخالفة فعل أبى بكر في ذلك لفعله عليه الصلاة والسلام وذلك انه ثبت انه عليه الصلاة والسلام : حرق نخل بنى النضير وثبت عن أبى بكر انه قال لاتقطعن شجرا ولاتخربن عامرا فمن ظن أن فعل أبى بكر هذا انما كان لمكان علمه بنسخ ذلك الفعل منه صلى الله عليه وسلم اذ لا يجوز على أبى بكر أن يخالفه مع علمه بفعله أو رأى ان ذلك كان خاصا ببنى النضير لغزوهم قال بقول أبى بكر ومن اعتمد فعله عليه الصلاة والسلام ولم ير قول أحد ولا فعله حجة عليه قال بتحريق الشجر وانما فرق مالك بين الحيوان والشجر لان قتل الحيوان مثلة وقد نهى عن المثلة ولم يأت عنه عليه الصلاة والسلام أنه قتل حيوانا فهذا هو معرفة النكاية التى يجوز ان تبلغ من الكفار في نفوسهم وأموالهم .

﴿الفصل الرابع﴾

فاما شرط الحرب فهو بلوغ الدعوة باتفاق أعنى انه لا يجوز حرابتهم حتى يكونوا قد بلغتهم الدعوة وذلك شيء مجتمع عليه من المسلمين لقوله تعالى (وما كنا معذبين حتى نبعث رسولا) واما هل يجب تكرار الدعوة عند تكرار الحرب فانهم اختلفوا في ذلك فمنهم من أوجبها ومنهم من استحبها ومنهم من لم يوجبها ولا استحبها * والسبب في اختلافهم معارضة القول للفعل وذلك انه ثبت انه عليه السلام كان اذابعث سرية قال لاميرها .اذا لقيت عدوك من المشركين فادعهم الى ثلاث خصال أو خلال فايتهن ماأجابوك اليها فاقبل منهم وكف عنهم ادعهم الى الاسلام فان أجابوك فاقبل منهم وكف عنهم ثم ادعهم الى التحول من دارهم الى دار المهاجرين وأعلمهم أنهم ان فعلوا ذلك إن لهم ماللمهاجرين وان عليهم ماعلى المهاجرين فان أبوا واختاروا دارهم فاعلمهم أنهم يكونون كاعراب المسلمين يجرى عليهم حكم الله الذى يجرى على المؤمنين ولا يكون لهم في الفئ والغنيمة نصيب الا أن يجاهدوا مع المسلمين فان هم أبوا فادعهم الى اعطاء الجزية فان أجابوا فاقبل منهم وكف عنهم فان أبوا فاستعن بالله وقاتلهم وثبت من فعله عليه السلام انه كان يبيت العدو ويغير عليهم مع الغدوات فمن الناس وهم الجمهور من ذهب الى ان فعله ناسخ لقوله وان ذلك انما كان في أول الاسلام قبل أن تنتشر الدعوة بدليل دعوتهم فيه الى الهجرة ومن الناس من رجح القول على الفعل وذلك بان حمل الفعل على الخصوص ومن استحسن الدعاء فهو وجه من الجمع .

﴿الفصل الخامس﴾

وأما معرفة العدد الذين لايجوز الفرار عنهم فهم الضعف وذلك مجمع عليه لقوله تعالى (الآن خفف الله عنكم وعلم أن فيكم ضعفا) الآية وذهب ابن الماجشون ورواه عن مالك ان الضعف انما يعتبر في القوة لافى العدد وأنه يجوز أن يفر الواحد عن واحد اذا كان أعتق جوادا منه وأجود سلاحا وأشد قوة .

﴿الفصل السادس﴾

فاما هل تجوز المهادنة فان قوما أجازوها ابتداء من غير سبب اذا رأى ذلك الامام مصلحة للمسلمين وقوم لم يجيزوها الا لمكان الضرورة الداعية لاهل الاسلام من فتنة أو غير ذلك اما بشئ يأخذونه منهم لاعلى حكم الجزية اذ كانت الجزية انما شرطها ا

أن تؤخذ منهم وهم بحيث تنفذ عليهم أحكام المسلمين واما بلا شيء يأخذونه منهم وكان الاوزاعي يجيز أن يصالح الامام الكفار على شيء يدفعه المسلمون الى الكفار اذا دعت الى ذلك ضرورة فتنة أو غير ذلك من الضرورات وقال الشافعي لايعطي المسلمون الكفار شيئا الا أن يخافوا أن يصطلموا لكثرة العدو وقلتهم أو لمحنة نزلت بهم وممن قال باجازة الصلح اذا رأى الامام ذلك مصلحة مالك والشافعي وأبو حنيفة الا أن الشافعي لايجوز عنده الصلح لاكثر من المدة التي صالح عليها رسول الله صلى الله عليه وسلم الكفار عام الحديبية ✡ وسبب اختلافهم في جواز الصلح من غير ضرورة معارضة ظاهر قوله تعالى (فاذا انسلخ الاشهر الحرم فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم) وقوله تعالى (قاتلوا الذين لايؤمنون بالله ولا باليوم الآخر)لقوله تعالى (وان جنحوا للسلم فاجنح لها وتوكل على الله) فمن رأى أن آية الامر بالقتال حتى يسلموا أو يعطوا الجزية ناسخة لاية الصلح قال لايجوز الصلح الا من ضرورة ومن رأى أن آية الصلح مخصصة لتلك قال الصلح جائز اذا رأى ذلك الامام وعضد تاويله بفعله ذلك صلى الله عليه وسلم وذلك أن صلحه صلى الله عليه وسلم عام الحديبية لم يكن لموضع الضرورة . وأما الشافعي فلما كان الاصل عنده الامر بالقتال حتى يسلموا أو يعطوا الجزية وكان هذا مخصصا عنده بفعله عليه السلام عام الحديبية لم ير أن يزاد على المدة التي صالح عليها رسول الله صلى الله عليه وسلم وقد اختلف في هذه المدة فقيل كانت أربع سنين وقيل ثلاثا وقيل عشر سنين وبذلك قال الشافعي .وأما من أجاز أن يصالح المسلمون المشركين بان يعطوا لهم المسلمون شيئا اذا دعت الى ذلك ضرورة فتنة أو غيرها فمصيرا الى ماروى انه كان عليه الصلاة والسلام قد هم أن يعطي بعض ثمر المدينة لبعض الكفار الذين كانوا في جملة الاحزاب لتخييبهم فلم يوافقه على القدر الذي كان سمح له به من ثمر المدينة حتى أفاء الله بنصره . وأما من لم يجز ذلك الا ان يخاف المسلمون أن يصطلموا فقياسا على اجماعهم على جواز فداء أسارى المسلمين لان المسلمين اذا صاروا في هذا الحد فهم بمنزلة الاسارى .

﴿ الفصل السابع ﴾

فاما لماذا يحاربون فاتفق المسلمون على ان المقصود بالمحاربة لاهل الكتاب ما عدى أهل الكتاب من قريش ونصارى العرب هو أحد أمرين اما الدخول في الاسلام، وأما اعطاء الجزية لقوله تعالى (قاتلوا الذين لايؤمنون بالله ولا باليوم الآخر ولا يحرمون ماحرم الله ورسوله ولا يدينون دين الحق من الذين أوتوا الكتاب حتى

يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون) وكذلك اتفق عامة الفقهاء على أخذها من المجوس لقوله صلى الله عليه وسلم: سنوابهم سنة أهل الكتاب. واختلفوا فيما سوى أهل الكتاب من المشركين هل تقبل منهم الجزية أم لا فقال قوم تؤخذ الجزية من كل مشرك وبه قال مالك وقوم استثنوا من ذلك مشركي العرب وقال الشافعي وأبو ثور وجماعة لاتؤخذ الا من أهل الكتاب والمجوس * والسبب في اختلافهم معارضة العموم للخصوص. أما العموم فقوله تعالى (وقاتلوهم حتى لا تكون فتنة ويكون الدين كله لله) وقوله عليه والسلام: أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله الا الله فاذا قالوها عصموا منى دماءهم وأموالهم الا بحقها وحسابهم على الله. وأما الخصوص فقوله لامراء السرايا الذين كان يبعثهم الى مشركي العرب ومعلوم انهم كانوا غير أهل كتاب فاذا لقيت عدوك فادعهم الى ثلاث خصال فذكر الجزية فيها وقد تقدم الحديث فمن رأى أن العموم اذا تأخر عن الخصوص فهو ناسخ له قال لاتقبل الجزية من مشرك ماعدا أهل الكتاب لان الآى الامر بقتالهم على العموم هي متأخرة عن ذلك الحديث وذلك ان الامر بقتال المشركين عامة هو في سورة براءة وذلك عام الفتح وذلك الحديث انما هو قبل الفتح بدليل دعائهم فيه للهجرة ومن رأى أن العموم يبنى على الخصوص تقدم أو تأخر أو جهل التقدم والتأخر بينهما قال تقبل الجزية من جميع المشركين. وأما تخصيص أهل الكتاب من سائر المشركين فخرج من ذلك العموم باتفاق بخصوص قوله تعالى (من الذين أوتوا الكتاب حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون) وسيأتي القول في الجزية وأحكامها في الجملة الثانية من هذا الكتاب فهذه هي أركان الحرب ومما يتعلق بهذه الجملة من المسائل المشهورة النهى عن السفر بالقرآن الى أرض العدو وعامة الفقهاء على أن ذلك غير جائز لثبوت ذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال أبو حنيفة يجوز ذلك اذا كان في العساكر المأمونة * والسبب في اختلافهم هل النهى عام أريد به العام أو عام أريد به الخاص.

(الجملة الثانية) والقول المحيط بأصول هذه الجملة ينحصر أيضا في سبعة فصول الاول في حكم الخمس، الثاني في حكم الاربعة الاخماس، الثالث في حكم الانفال، الرابع في حكم ما وجد من أموال المسلمين عند الكفار، الخامس في حكم الارضين، السادس في حكم الفيء، السابع في أحكام الجزية والمال الذى يؤخذ منهم على طريق الصلح.

﴿ الفصل الاول ﴾

واتفق المسلمون على ان الغنيمة التي تؤخذ قسرا من أيدي الروم ماعدا الارضين ان خمسها للامام وأربعة أخماسها للذين غنموها لقوله تعالى (واعلموا انما غنمتم من شيء فان لله خمسه وللرسول الآية) واختلفوا في الخمس على أربعة مذاهب مشهورة ، أحدها ان الخمس يقسم على خمسة أقسام على نص الآية وبه قال الشافعي ، والقول الثاني انه يقسم على أربعة أخماس وان قوله تعالى « فان لله خمسه » هو افتتاح كلام وليس هو قسما خامسا ، والقول الثالث أنه يقسم اليوم ثلاثة أقسام وان سهم النبي وذوي القربى سقطا بموت النبي صلى الله عليه وسلم، والقول الرابع ان الخمس بمنزلة الفيء يعطى منه الغني والفقير وهو قول مالك وعامة الفقهاء والذين قالوا يقسم أربعة أخماس أو خمسة اختلفوا فيما يفعل بسهم رسول الله صلى الله عليه وسلم وسهم القرابة بعد موته فقال قوم يرد على سائر الاصناف الذين لهم الخمس وقال قوم بل يرد على باقي الجيش وقال قوم بل سهم رسول الله صلى الله عليه وسلم للامام وسهم ذوي القربى لقرابة الامام وقال قوم بل يجعلان في السلاح والعدة .واختلفوا في القرابة من هم فقال قوم بنو هاشم فقط وقال قوم بنو عبد المطلب وبنو هاشم ﴿ وسبب اختلافهم في هل الخمس يقصر على الاصناف المذكورين أم يعدى لغيرهم هو هل ذكر تلك الاصناف في الآية المقصود منها تعيين الخمس لهم أم قصد التنبيه بهم على غيرهم فيكون ذلك من باب الخاص أريد به العام فمن رأى أنه من باب الخاص أريد به الخاص قال لا يتعدى بالخمس تلك الاصناف المنصوص عليها وهو الذي عليه الجمهور ومن رأى أنه من باب الخاص أريد به العام قال يجوز للامام ان يصرفها فيما يراه صلاحا للمسلمين واحتج من رأى أن سهم النبي صلى الله عليه وسلم للامام بعده بما روي عنه عليه السلام أنه قال اذا أطعم الله نبيا طعمة فهو للخليفة بعده . وأما من صرفه على الاصناف الباقين أو على الغانمين فتشبيها بالصنف المحبس عليهم . وأما من قال القرابة هم بنو هاشم وبنو المطلب فانه احتج بحديث جبير بن مطعم قال : قسم رسول الله صلى الله عليه وسلم سهم ذوي القربى لبني هاشم وبني المطلب من الخمس قال وانما بنو هاشم وبنو المطلب صنف واحد ومن قال بنو هاشم صنف فلانهم الذين لا يحل لهم الصدقة.واختلف العلماء في سهم النبي صلى الله عليه وسلم من الخمس فقال قوم الخمس فقط ولا خلاف عندهم في وجوب الخمس له غاب عن القسمة أو حضرها، وقال قوم بل الخمس والصفي وهو

سهم مشهور له صلى الله عليه وسلم وهو شيء كان يصطفيه من رأس الغنيمة فرس أو أمة أو عبد وروى عن صفية كانت من الصفى وأجمعوا على أن الصفى ليس لاحد من بعد رسول الله صلى الله عليه وسلم الا أبا ثور فانه قال يجرى مجرى سهم النبي صلى الله عليه وسلم .

(الفصل الثانى)

وأجمع جمهور العلماء على أن أربعة أخماس الغنيمة للغانمين اذا خرجوا باذن الامام واختلفوا في الخارجين بغير اذن الامام وفيمن يجب له سهمه من الغنيمة ومتى يجب ولم يجب وفيما يجوز له من الغنيمة قبل القسم • فالجمهور على أن أربعة أخماس الغنيمة الذين غنموها خرجوا باذن الامام أو بغير ذلك لعموم قوله تعالى (واعلموا أنما غنمتم من شيء) الآية وقال قوم اذا خرجت السرية أو الرجل الواحد بغير اذن الامام فكل ما ساق نفل يأخذه الامام وقال قوم بل يأخذه كله الغانم فالجمهور تمسكوا بظاهر الآية وهؤلاء كأنهم اعتمدوا صورة الفعل الواقع من ذلك في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وذلك أن جميع السرايا انما كانت تخرج عن اذنه عليه السلام فكأنهم رأوا ان اذن الامام شرط في ذلك وهو ضعيف . وأما من له السهم من الغنيمة فانهم اتفقوا على الذكران الاحرار البالغين واختلفوا في اضدادهم أعنى في النساء والعبيد ومن لم يبلغ من الرجال ممن قارب البلوغ فقال قوم ليس للعبيد ولا للنساء حظ من الغنيمة ولكن يرضخ لهم وبه قال مالك وقال قوم لا يرضخ ولا لهم حظ الغانمين وقال قوم بل لهم حظ واحد من الغانمين وهو قول الاوزاعى وكذلك . اختلفوا في الصبى المراهق فمنهم قال يقسم له وهو مذهب الشافعى ومنهم من اشترط في ذلك أن يطيق القتال وهو مذهب مالك ، ومنهم من قال يرضخ له ☆ وسبب اختلافهم في العبيد هو هل عموم الخطاب يتناول الاحرار والعبيد معا أم الاحرار فقط دون العبيد وأيضا فعمل الصحابة معارض لعموم الآية وذلك أنه انتشر فيهم رضى الله عنهم أن الغلمان لا سهم لهم روى ذلك عن عمر بن الخطاب وابن عباس ذكره ابن أبى شيبة من طرق عنهما قال أبو عمر بن عبد البر أصح ما روى من ذلك عن عمر ما رواه سفيان بن عيينة عن عمرو بن دينار عن ابن شهاب عن مالك بن اوس بن الحدثان قال قال عمر ليس أحد الا وله في هذا المال حق الا ما ملكت أيمانكم وانما صار الجمهور الى أن المرأة لا يقسم لها ويرضخ بحديث أم عطية الثابت قالت كنا نغزوا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فنداوى الجرحى ونمرض المرضى وكان

برضخ لنا من الغنيمة * وسبب اختلافهم هو اختلافهم في تشبيه المرأة بالرجل في كونها اذا غزت لها تأثير في الحرب أم لا فانهم اتفقوا على أن النساء مباح لهن الغزو فمن شبههن بالرجال أوجب لهن نصيبا في الغنيمة ومن رآهن ناقصات عن الرجال في هذا المعنى إما لم يوجب لهن شيئا وإما أوجب لهن دون حظ الغانمين وهو الارضاخ والاولى اتباع الاثر وزعم الاوزاعى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أسهم للنساء بخيبر. وكذلك اختلفوا في التجار والاجراء هل يسهم لهم أم لا فقال مالك لا يسهم لهم الا أن يقاتلوا وقال قوم بل يسهم لهم اذا شهدوا القتال * وسبب اختلافهم هو تخصيص عموم قوله تعالى (واعلموا انما غنمتم من شيء فان لله خمسه) بالقياس الذى يوجب الفرق بين هؤلاء وسائر الغانمين وذلك أن من رأى أن التجار والاجراء حكمهم خلاف حكم سائر المجاهدين لانهم لم يقصدوا القتال وانما قصدوا اما التجارة واما الاجارة استثناهم من ذلك العموم ومن رأى أن العموم أقوى من هذا القياس أجرى العموم على ظاهره ومن حجة من استثناهم ما خرجه عبد الرزاق ان عبد الرحمن بن عوف قال لرجل من فقراء المهاجرين ان يخرج معهم فقال نعم فوعده فلما حضر الخروج دعاه فابى ان يخرج معه واعتذر له بأمر عياله وأهله فاعطاه عبد الرحمن ثلاثة دنانير على ان يخرج معه فلما هزموا العدو سأل الرجل عبد الرحمن نصيبه من المغنم فقال عبد الرحمن سأذكر أمرك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فذكره له فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم تلك الثلاثة دنانير حظه ونصيبه من غزوه في أمر دنياه وآخرته وخرج مثله أبو داود عن يعلى بن منبه، ومن أجاز له القسم شبهه بالجعائل أيضا وهو ان يعين أهل الديوان بعضهم بعضا أعنى يعين القاعد منهم الغازى وقد اختلف العلماء في الجعائل فاجازها مالك ومنعها غيره ومنهم من أجاز ذلك من السلطان فقط أو اذا كانت ضرورة وبه قال أبو حنيفة والشافعى. وأما الشرط الذى يجب به للمجاهد السهم من الغنيمة فان الاكثر على انه اذا شهد القتال وجب له السهم وان لم يقاتل وانه اذا جاء بعد القتال فليس له سهم في الغنيمة وبهذا قال الجمهور وقال قوم اذا لحقهم قبل ان يخرجوا الى دار الاسلام وجب له حظه من الغنيمة ان اشتغل في شيء من أسبابها وهو قول أبى حنيفة * والسبب فى اختلافهم سببان القياس والاثر أما القياس فهو هل يلحق تأثير الغازى في الحفظ بتأثيره في الاخذ وذلك أن الذى شهد القتال له تأثيره فى الاخذ أعنى في أخذ الغنيمة وبذلك استحق السهم والذى جاء قبل ان يصلوا الى بلاد المسلمين له تأثير في الحفظ فمن شبه التأثير في الحفظ بالتأثير فى الاخذ قال يجب له السهم وان لم يحضر القتال ومن رأى ان الحفظ أضعف

لم يوجب له وأما الاثر فان في ذلك أثرين متعارضين أحدهما ماروى عن أبى هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم بعث ابان بن سعيد على سرية من المدينة قبل نجد فقدم ابان وأصحابه على النبى صلى الله عليه وسلم بخيبر بعد مافتحوها فقال ابان أقسم لنا يارسول الله فلم يقسم له رسول الله صلى الله عليه وسلم منها والاثر الثانى ماروى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال يوم بدر :إن عثمان انطلق في حاجة الله وحاجة رسوله فضرب له رسول الله صلى الله عليه وسلم بسهم ولم يضرب لاحد غاب عنها قالوا فوجب له السهم لان اشتغاله كان بسبب الامام قال أبو بكر بن المنذر وثبت أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه قال . الغنيمة لمن شهد الوقيعة . وأما السرايا التى تخرج من العساكر فتغنم فالجمهور على ان أهل العسكر يشاركونهم فيما غنموا وان لم يشهدوا الغنيمة ولا القتال وذلك لقوله عليه السلام وترد سراياهم على قعدتهم خرجه ابو داود ولان لهم تأثيرا أيضا في أخذ الغنيمة وقال الحسن البصرى اذا خرجت السرية باذن الامام من عسكره خمسها وما بقى فلاهل السرية وان خرجوا بغير اذنه خمسها وكان مابقى بين أهل الجيش كله وقال النخعى الامام بالخيار ان شاء خمس ماترد السرية وان شاء نفله كله ✡ والسبب أيضا فى هذا الاختلاف هو تشبيه تأثير العسكر في غنيمة السرية بتأثير من حضر القتال بهاوهم أهل السرية فاذن الغنيمة انما تجب عند الجمهور للمجاهد باحد شرطين ؛ إما ان يكون ممن حضر القتال ، وإما ان يكون ردءاً لمن حضر القتال .

وأما كم يجب للمقاتل فانهم اختلفوا فى الفارس فقال الجمهور للفارس ثلاثة أسهم سهم له وسهمان لفرسه ، وقال أبو حنيفة للفارس سهمان سهم لفرسه وسهم له ✡ والسبب في اختلافهم اختلاف الآثار ومعارضة القياس للاثر وذلك ان أبا داود خرج عن ابن عمر أن النبى صلى الله عليه وسلم : أسهم لرجل وفرسه ثلاثة أسهم سهمان للفرس وسهم لراكبه وخرج أيضا عن مجمع بن حارثة الانصارى مثل قول أبى حنيفة . وأما القياس المعارض لظاهر حديث ابن عمر فهو ان يكون سهم الفرس أكثر من سهم الانسان هذا الذى اعتمده أبو حنيفة في ترجيح الحديث الموافق لهذا القياس على الحديث المخالف له وهذا القياس ليس بشىء لان سهم الفرس انما استحقه الانسان الذى هو الفارس بالفرس وغير بعيد ان يكون تأثير الفارس بالفرس في الحرب ثلاثة أضعاف تأثير الراجل بل لعله واجب مع أن حديث ابن عمر أثبت وأما مايجوز للمجاهد ان يأخذ من الغنيمة قبل القسم فان المسلمين اتفقوا على تحريم الغلول لما ثبت في ذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم مثل قوله عليه السلام ادوا الخائط والمخيط فان الغلول عار وشنار على أهله يوم القيامة

الى غير ذلك من الآثار الواردة في هـذا الباب .واختلفوا في اباحة الطعام للغزاة ماداموا في أرض الغزو فاباح ذلك الجمهور ومنع من ذلك قوم وهو مذهب ابن شهاب ✡ والسبب فى اختلافهم معارضة الآثار التى جاءت في تحريم الغلول الآثار الواردة في اباحة أكل الطعام من حديث ابن عمر وابن المغفل وحديث ابن أبى أوفى فمن خصص أحاديث تحريم الغلول بهـذه أجاز أكل الطعام للغزاة ومن رجح أحاديث تحريم الغلول على هـذا لم يجز ذلك وحديث ابن مغفل هو قال أصبت جراب شحم يوم خيبر فقلت لأعطى منه شيئا فالتفت فاذا رسول الله صلى الله عليه وسلم يتبسم خرجه البخارى ومسلم وحديث ابن أبى أوفى قال كنا نصيب في مغازينا العسل والعنب فنأكله ولا ندفعه خرجه أيضا البخارى واختلفوا في عقوبة الغال فقال قوم يحرق رحله وقال بعضهم ليس له عقاب الا التعزير ✡ وسبب اختلافهم في تصحيح حديث صالح بن محمد بن زائدة عن سالم عن ابن عمر انه قال قال عليه الصلاة والسلام من غل فاحرقوا متاعه .

﴿ الفصل الثالث ﴾

وأما تنفيل الامام من الغنيمة لمن شاء أعنى ان يزيده على نصيبه فان العلماء اتفقوا على جواز ذلك واختلفوا من أى شيء يكون النفل وفي مقداره وهل يجوز الوعد به قبل الحرب وهل ايجب السلب للقاتل أم ليس يجب الا أن ينفله له الامام فهذه أربع مسائل هي قواعد هذا الفصل .

(أما المسئلة الاولى) فان قوما قالوا النفل يكون من الخمس الواجب لبيت مال المسلمين وبه قال مالك وقال قوم بل النفل انما يكون من خمس الخمس وهو حظ الامام فقط وهو الذى اختاره الشافعى ،وقال قوم بل النفل من جملة الغنيمة وبه قال أحـمـد وأبو عبيد ومن هؤلاء من أجاز تنفيل جميع الغنيمة ✡ والسبب في اختلافهم هو هل بين الآيتين الواردتين في المغانم تعارض أم هما على التخيير أعنى قوله تعالى واعلموا انمـا غنمتم من شيء الآية وقوله تعالى يسألونك عن الانفال الآية فمن رأى أن قوله تعالى (واعلموا انما غنمتم من شيء فان لله خمسه) ناسخة لقوله تعالى (يسئلونك عن الانفال) قال لانفل الا من الخمس أو من خمس الخمس ومن رأى أن الآيتين لامعارضة بينهما وانهما على التخيير أعنى أن للامام ينفل من رأس الغنيمة من شاء وله الا ينفل بان يعطى جميع أرباع الغنيمة للغانمين قال بجواز النفل من رأس الغنيمة ولاختلافهم أيضا سبب آخر وهو اختلاف الآثار فى هذا الباب وفي ذلك أثران، أحدهما ماروى مالك

عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم بعث سرية فيها عبد الله بن عمر قبل نجد فغنموا إبلا كثيرة فكان سهمانهم اثنى عشر بعيرا ونفلوا بعيرا بعيرا وهذا يدل على أن النفل كان بعد القسمة من الخمس والثانى حديث حبيب بن مسلمة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان ينفل الربع من السرايا بعد الخمس في البداءة وينفلهم الثلث بعد الخمس في الرجعة يعنى في بداءة غزوه عليه السلام وفى انصرافه .

(وأما المسئلة الثانية) وهى مامقدار ماللامام ان ينفل من ذلك عند الذين أجازوا النفل من رأس الغنيمة فان قوما قولوا لايجوز ان ينفل أكثر من الثلث أو الربع على حديث حبيب بن مسلمة وقال قوم ان نفل الامام السرية جميع ماغنمت جاز مصيراً الى ان آية الانفال غير منسوخة بل محكمة وانها على عمومها غير مخصصة ومن رأى انها مخصصة بهذا الاثر قال لايجوز ان ينفل أكثر من الربع أو الثلث .

(وأما المسئلة الثالثة) وهى هل يجوز الوعد بالتنفيل قبل الحرب أم ليس يجوز ذلك فانهم اختلفوا فيه فكره ذلك مالك وأجازه جماعة ✩ وسبب اختلافهم معارضة مفهوم مقصد الغزو لظاهر الاثر وذلك ان الغزو انما يقصد به وجه الله العظيم ولتكون كلمة الله هى العليا فاذا وعد الامام بالنفل قبل الحرب خيف ان يسفك الغزاة دماءهم فى حق غير الله وأما الاثر الذى يقتضى ظاهره جواز الوعد بالنفل فهو حديث حبيب بن سلمة أن النبي عليه السلام كان ينفل فى الغزو السرايا الخارجة من العسكر الربع وفى القفول الثلث : ومعلوم أن المقصود من هذا انما هو التنشيط على الحرب .

(وأما المسئلة الرابعة) وهي هل يجب سلب المقتول للقاتل أو ليس يجب الا ان نفله له الامام فانهم اختلفوا في ذلك فقال مالك لايستحق القاتل سلب المقتول الا ان ينفله له الامام على جهة الاجتهاد وذلك بعد الحرب وبه قال أبو حنيفة والثورى وقال الشافعي وأحمد وأبو ثور واسحاق وجماعة السلف هو واجب للقاتل قال ذلك الامام أو لم يقله ومن هؤلاء من جعل السلب له على كل حال ولم يشترط في ذلك شرطا ومنهم من قال لايكون له السلب الا اذا قتله مقبلا غير مدبر وبه قال الشافعي ومنهم من قال انما يكون السلب للقاتل اذا كان القتل قبل معمعة الحرب أو بعدها وأما ان قتله في حين المعمعة فليس له سلب وبه قال الأوزاعى، وقال قوم ان استكثر الامام السلب جاز أن يخمسه ✽ وسبب اختلافهم هو احتمال قوله عليه الصلاة والسلام يوم حنين بعد مابرد القتال من قتل قتيلا فله سلبه أن يكون ذلك منه عليه الصلاة والسلام على جهة النفل أو على جهة الاستحقاق للقاتل ومالك رحمه الله قوى عنده انه على جهة النفل من قبل انه لم يثبت عنده انه قال ذلك عليه الصلاة والسلام ولاقضى به الأيام

حنين ولمعارضة آية الغنيمة له ان حمل ذلك على الاستحقاق أعني قوله تعالى (واعلموا أنما غنمتم من شيء) الآية فانه لما نص في الآية على أن الخمس لله علم أن الاربعة الاخماس واجبة للغانمين كما أنه لما نص على الثلث للام في المواريث علم أن الثلثين للاب قال أبو عمر وهذا القول محفوظ عنه صلى الله عليه وسلم في حنين وفي بدر وروى عن عمر بن الخطاب أنه قال كنا لا نخمس السلب على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وخرج أبو داود عن عوف بن مالك الاشجعي وخالد بن الوليد أن رسول الله صلى الله عليه وسلم : قضى بالسلب للقاتل وخرج ابن أبي شيبة عن أنس بن مالك ان البراء بن مالك حمل على مرزبان يوم الدارة فطعنه طعنة على قربوس سرجه فقتله فبلغ سلبه ثلاثين ألفاً فبلغ ذلك عمر بن الخطاب فقال لابي طلحة انا كنا لا نخمس السلب وان سلب البراء قد بلغ مالا كثيرا ولا أراني الاخمسته قال قال ابن سيرين فحدثني أنس بن مالك انه أول سلب خمس في الاسلام وبهذا تمسك من فرق بين السلب القليل والكثير . واختلفوا في السلب الواجب ما هو فقال قوم له جميع ما وجد على المقتول واستثنى قوم من ذلك الذهب والفضة .

الفصل الرابع

وأما أموال المسلمين التي تسترد من أيدي الكفار فانهم اختلفوا في ذلك على أربعة أقوال مشهورة ، أحدها ان ما استرد المسلمون من أيدي الكفار من أموال المسلمين فهو لاربابها من المسلمين وليس للغزاة المستردين لذلك منها شيء وممن قال بهذا القول الشافعي وأصحابه وأبو ثور ، والقول الثاني ان ما استرد المسلمون من ذلك هو غنيمة الجيش ليس لصاحبه منه شيء وهذا القول قاله الزهري وعمرو بن دينار وهو مروي عن علي بن أبي طالب ، والقول الثالث ان ما وجد من أموال المسلمين قبل القسم فصاحبه أحق به بلا ثمن وما وجد من ذلك بعد القسم فصاحبه أحق به بالقيمة وهؤلاء انقسموا قسمين فبعضهم رأى هذا الرأي في كل ما استرده المسلمون من أيدي الكفار باي وجه صار ذلك الى أيدي الكفار وفي أي موضع صار وممن قال بهذا القول مالك والثوري وجماعة وهو مروي عن عمر بن الخطاب، وبعضهم فرق بين ما صار من ذلك الى أيدي الكفار غلبة وحازوه حتى أوصلوه الى دار المشركين وبين ما أخذ منهم قبل أن يحوزوه ويبلغوا به دار الشرك فقالوا ما حازوه فحكمه ان ألفاه صاحبه قبل القسم فهو له وان ألفاه بعد القسم فهو أحق به بالثمن قالوا وأما ما لم يحزه العدو بان يبلغوا دارهم به فصاحبه أحق به قبل القسم وبعده وهذا هو القول الرابع

واختلافهم راجع الى اختلافهم في هل يملك الكفار على المسلمين أموالهم اذا غلبوهم عليها أم ليس يملكونها ✡ وسبب اختلافهم في هذه المسئلة تعارض الآثار في هذا الباب والقياس وذلك أن حديث عمران بن حصين يدل على أن المشركين ليس يملكون على المسلمين شيئا وهو قال أغار المشركون على سرح المدينة وأخذوا العضباء ناقة رسول الله صلى الله عليه وسلم وامرأة من المسلمين فلما كانت ذات ليلة قامت المرأة وقد ناموا فجعلت لا تضع يدها على بعير الارغى حتى أتت العضباء فأتت ناقة ذلولا فركبتها ثم توجهت قبل المدينة ونذرت لئن نجاها الله لتنحرها فلما قدمت المدينة عرفت الناقة فأتوا بها رسول الله صلى الله عليه وسلم فاخبرته المرأة بنذرها فقال : بئس ما جزيتها لا نذر فيما لا يملك ابن آدم ولا نذر في معصية وكذلك يدل ظاهر حديث ابن عمر على مثل هذا وهو أنه غارله فرس فاخذها العدو فظهر عليه المسلمون فردت عليه في زمان رسول الله صلى الله عليه وسلم وهما حديثان ثابتان.وأما الاثر الذى يدل على ملك الكفار على المسلمين فقوله عليه الصلاة والسلام وهل ترك لنا عقيل من منزل يعنى انه باع دوره التى كانت له بمكة بعد هجرته منها عليه الصلاة والسلام الى المدينة.وأما القياس فان من شبه الاموال بالرقاب قال الكفار كما لا يملكون رقابهم فكذلك لا يملكون أموالهم كحال الباغى مع العادل أعنى انه لا يملك عليهم الامرين جميعا .ومن قال يملكون قال من ليس يملك فهو ضامن للشىء ان فاتت عينه وقد أجمعوا على ان الكفار غير ضامنين لاموال المسلمين فلزم عن ذلك أن الكفار ليسوا بغير مالكين للاموال فهم مالكون اذ لو كانوا غير مالكين لضمنوا وأما من فرق بين الحكم قبل الغنم وبعده وبين ما أخذه المشركون بغلبة أو بغير غلبة بان صار اليهم من تلقائه مثل العبد الآبق والفرس العائد فليس له حظ من النظر وذلك انه ليس يجد وسطا بين أن يقول اما أن يملك المشرك على المسلم شيئاً أولا يملكه الا ان يثبت في ذلك دليل سمعى لكن أصحاب هذا المذهب انما صاروا اليه لحديث الحسن بن عمارة عن عبد المالك بن ميسرة عن طاوس عن ابن عباس أن رجلا وجد بعيراً له كان المشركون قد أصابوه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ان أصبته قبل أن يقسم فهو لك وان أصبته بعد القسم أخذته بالقيمة لكن الحسن بن عمارة مجتمع على ضعفه وترك الاحتجاج به عند أهل الحديث والذى عول عليه مالك فيما أحسب من ذلك هو قضاء عمر بذلك ولكن ليس يجعل له أخذه بالثمن بعد القسم على ظاهر حديثه واستثناء أبى حنيفة أم الولد والمدبر من سائر الاموال لا معنى له وذلك انه يرى ان الكفار يملكون على المسلمين

سائر الاموال ماعدا هذين وكذلك قول مالك في أم الولد أنه اذا أصابها مولاها بعد القسم ان على الامام ان يفديها فان لم يفعل أجبر سيدها على فدائها فان لم يكن له مال أعطيت له واتبعه الذى خرجت في نصيبه بقيمتها دينا متى أيسر هو قول أيضا ليس له حظ من النظر لانه ان لم يملكها الكفار فقد يجب ان يأخذها بغير ثمن وان ملكوها فلا سبيل له عليها وأيضا فانه لافرق بينها وبين سائر الاموال الا أن يثبت فى ذلك سماع ومن هذا الاصل أعنى من اختلافهم هل يملك المشرك مال المسلم أو لايملك اختلف الفقهاء في الكافر يسلم وبيده مال مسلم هل يصح له أم لافقال مالك وأبو حنيفة يصح له وقال الشافعى على أصله لايصح له .واختلف مالك وأبو حنيفة اذا دخل مسلم الى الكفار على جهة التلصص وأخذ مما في أيديهم مال مسلم فقال أبو حنيفة هو أولى به وان أراده صاحبه أخذه بالثمن وقال مالك هو لصاحبه فلم يجر على أصله ومن هذا الباب اختلافهم في الحربى يسلم ويهاجر ويترك في دار الحرب ولده وزوجه وماله هل يكون لماترك حرمة مال المسلم وزوجه وذريته فلا يجوز تملكهم للمسلمين ان غلبوا على ذلك أم ليس لما ترك حرمة فنهم من قال لكل ماترك حرمة الاسلام ومنهم من قال ليس له حرمة ومنهم من فرق بين المال والزوجة والولد فقال ليس للمال حرمة وللولد والزوجة حرمة وهذا جار على غير قياس وهو قول مالك والأصل ان المبيح للمال هو الكفر وان العاصم له هو الاسلام كما قال عليه الصلاة والسلام : فاذا قالوها عصموا منى دماءهم وأموالهم فمن زعم ان ههنا مبيحا للمال غير الكفر من تملك عدو أو غيره فعليه الدليل وليس ههنا دليل تعارض به هذه القاعدة والله أعلم .

(الفصل الخامس)

واختلفوا فيما افتتح المسلمون من الارض عنوة فقال مالك لاتقسم الارض وتكون وقفا يصرف خراجها في مصالح المسلمين من أرزاق المقاتلة وبناء القناطر والمساجد وغير ذلك من سبيل الخير الا ان يرى الامام وقت من الاوقات ان المصلحة تقتضى القسمة فان له ان يقسم الارض وقال الشافعى الارضون المفتتحة تقسم كما تقسم الغنائم يعنى خمسة أقسام وقال أبو حنيفة الامام مخير بين ان يقسمها على المسلمين أو يضرب على أهلها الكفار فيها الخراج ويقرها بايديهم * وسبب اختلافهم مايظن من التعارض بين آية سورة الانفال وآية سورة الحشر وذلك ان آية الانفال تقتضى بظاهرها ان كل ماغنم يخمس وهو قوله تعالى (اعلموا انما غنمتم) وقوله تعالى في

آية الحشر (والذين جاؤا من بعدهم) عطفا على ذكر الذين أوجب لهم الفيء يمكن ان يفهم منه ان جميع الناس الحاضرين والآتين شركاء في الفيء كما روى عن عمر رضى الله عنه انه قال في قوله تعالى (والذين جاؤا من بعدهم) ما أرى هذه الآية الا قدعمت الخلق حتى الراعي بكداء أو كلاما هذا معناه ولذلك لم تقسم الارض التي افتتحت في أيامه عنوة من أرض العراق ومصر فمن رأى ان الآيتين متواردتان على معنى واحد وان آية الحشر مخصصة لآية الانفال استثنى من ذلك الارض ومن رأى ان الآيتين ليستا متواردتين على معنى واحد بل رأى ان آية الانفال في الغنيمة وآية الحشر فى الفيء على ماهوالظاهر من ذلك قال تخمس الارض ولا بد ولا سيما انه قد ثبت انه عليه الصلاة والسلام : قسم خيبر بين الغزاة قالوا فالواجب ان تقسم الارض لعموم الكتاب وفعله عليه الصلاة والسلام الذى يجرى مجرى البيان للمجمل فضلا عن العام . وأما أبو حنيفة فانما ذهب الى التخيير بين القسمة وبين ان يقر الكفار فيها على خراج يؤدونه لانه زعم انه قد روى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم أعطى خيبر بالشطر ثم أرسل ابن رواحة فقاسمهم قالوا فظهر من هذا ان رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يكن قسم جميعها ولكنه قسم طائفة من الارض وترك طائفة لم يقسمها قالوا فبان بهذا ان الامام بالخيار بين القسمة والاقرار بأيديهم وهو الذى فعل عمر رضى الله عنه وان أسلموا بعد الغلبة عليهم كان مخيرا بين المن عليهم أو قسمتها على ما فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم بمكة أعنى من المن وهذا انما يصح على رأى من رأى انه افتتحها عنوة فان الناس اختلفوا في ذلك وان كان الاصح انه افتتحها عنوة لانه الذى خرجه مسلم وينبغي ان تعلم ان قول من قال ان آية الفيء وآية الغنيمة محمولتان على الخيار وان آية الفيء ناسخة لآية الغنيمة أو مخصصة لها انه قول ضعيف جداً الا أن يكون اسم الفيء والغنيمة يدلان على معنى واحد فان كان ذلك فالآيتان متعارضان لان آية الانفال توجب التخميس وآية الحشر توجب القسمة دون التخميس فوجب أن تكون احداها ناسخة للاخرى أو يكون الامام مخيراً بين التخميس وترك التخميس وذلك في جميع الاموال المغنومة وذكر بعض أهل العلم أنه مذهب لبعض الناس وأظنه حكاه على المذهب ويجب على مذهب من يريد أن يستنبط من الجمع بينهما ترك قسمة الارض وقسمة ما عدا الارض ان تكون كل واحدة من الآيتين مخصصة بعض ما في الاخرى أو ناسخة له حتى تكون آية الانفال خصصت من عموم آية الحشر ما عدا الارضين فاوجبت فيها الخمس وآية الحشر خصصت من آية الانفال الارض فلم توجب فيها

خمسا وهذه الدعوى لاتصح الابدليل مع ان الظاهر من آية الحشر انها تضمنت القول في نوع من الاموال مخالف الحكم للنوع الذى تضمنته آية الانفال وذلك ان قوله تعالى (فما أوجفتم عليه من خيل ولا ركاب) هو تنبيه على العلة التى من أجلها لم يوجب حق للجيش خاصة دون الناس والقسمة بخلاف ذلك اذ كانت توجد بالايجاف .

﴿ الفصل السادس في قسمة الفيء ﴾

وأما الفيء عند الجمهور فهو كل ماصار للمسلمين من الكفار من قبل الرعب والخوف من غير ان يوجف عليه بخيل أو رجل . واختلف الناس في الجهة التى يصرف اليها فقال قوم ان الفيء لجميع المسلمين الفقير والغنى وان الامام يعطى منه للمقاتلة وللحكام وللولاة وينفق منه في النوائب التى تنوب المسلمين كبناء القناطر واصلاح المساجد وغير ذلك ولاخمس في شيء منه وبه قال الجمهور وهو الثابت عن أبي بكر وعمر وقال الشافعى بل فيه الخمس والخمس مقسوم على الاصناف الذين ذكروا في آية الغنائم وهم الاصناف الذين ذكروا في الخمس بعينه من الغنيمة وان الباقى هو مصروف الى اجتهاد الامام ينفق منه على نفسه وعلى عياله ومن رأى وأحسب أن قوما قالوا أن الفيء غير مخمس ولكن يقسم على الاصناف الخمسة الذين يقسم عليهم الخمس وهو أحد أقوال الشافعى فيما أحسب * وسبب اختلاف من رأى أنه يقسم جميعه على الاصناف الخمسة أو هو مصروف الى اجتهاد الامام هو سبب اختلافهم في قسمة الخمس من الغنيمة وقد تقدم ذلك أعنى ان من جعل ذكر الاصناف في الآية تنبيها على المستحقين له قال هو لهذه الاصناف المذكورين ومن فوقهم ومن جعل ذكر الاصناف تعديداً للذين يستوجبون هذا المال قال لا يتعدى بهم هؤلاء الاصناف أعنى أنه جعله من باب الخصوص لا من باب التنبيه وأما تخميس الفيء فلم يقل به أحد قبل الشافعى وانما حمله على هذا القول أنه رأى الفيء قد قسم في الآية على عدد الاصناف الذين قسم عليهم الخمس فاعتقد لذلك ان فيه الخمس لانه ظن أن هذه القسمة مختصة بالخمس وليس ذلك بظاهر بل الظاهر أن هذه القسمة تخص جميع الفيء لا جزءاً منه وهو الذى ذهب اليه فيما أحسب قوم وخرج مسلم عن عمر قال كانت أموال بنى النضير مما أفاء الله على رسوله مما لم يوجف عليه المسلمون بخيل ولا ركاب فكانت للنبى صلى الله عليه وسلم خالصة فكان ينفق منها على أهله نفقة سنة وما بقى يجعله في الكراع والسلاح عدة في سبيل الله وهذا يدل على مذهب مالك.

﴿ الفصل السابع في الجزية ﴾

والكلام المحيط باصول هذا الفصل ينحصر في ست مسائل ، المسئلة الاولى ممن يجوز أخذ الجزية ، الثانية على اى الاصناف منهم تجب الجزية ، الثالثة كم يجب ، الرابعة متى تجب ومتى تسقط ، الخامسة كم اصناف الجزية ، السادسة فيماذا يصرف مال الجزية . المسئلة الاولى فاما من يجوز اخذ الجزية منه فان العلماء مجمعون على انه يجوز اخذها من أهل الكتاب العجم ومن المجوس كما تقدم. واختلفوا في أخذها ممن لا كتاب له وفيمن هو من اهل الكتاب من العرب بعد اتفاقهم فيما حكى بعضهم انها لا تؤخذ من قرشى كتابى وقد تقدمت هذه المسئلة .

(وأما المسئلة الثانية) وهي أى الاصناف من الناس تجب عليهم فانهم اتفقوا على انها انما تجب بثلاثة أوصاف ، الذكورية ، والبلوغ ، والحرية وانها لا تجب على النساء ولا على الصبيان إذ كانت انما هي عوض من القتل والقتل انما هو متوجه بالامر نحو الرجال البالغين اذ قد نهى عن قتل النساء والصبيان . وكذلك أجمعوا انها لا تجب على العبيد . واختلفوا في أصناف من هؤلاء . منها في المجنون وفي المقعد . ومنها في الشيخ . ومنها في أهل الصوامع . ومنها في الفقير هل يتبع بها دينا متى أيسر أم لا وكل هذه مسائل اجتهادية ليس فيها توقيت شرعى ✽ وسبب اختلافهم مبنى على هل يقتلون أم لا أعنى هؤلاء الاصناف .

(وأما المسئلة الثالثة) وهي كم الواجب فانهم اختلفوا فى ذلك فرأى مالك ان القدر الواجب في ذلك هو ما فرضه عمر رضى الله عنه وذلك على أهل الذهب أربعة دنانير وعلى أهل الورق أربعون درهما ومع ذلك ارزاق المسلمين وضيافة ثلاثة أيام لا تزاد على ذلك ولا ينقص منه ، وقال الشافعي أقله محدود وهو دينار وأكثره غير محدود وذلك بحسب مايصالحون عليه ، وقال قوم لا توقيت في ذلك وذلك مصروف إلى اجتهاد الامام وبه قال الثورى ، وقال أبو حنيفة وأصحابه الجزية اثنا عشر درهما وأربعة وعشرون درهما وثمانية وأربعون لا ينقص الفقير من اثنى عشر درهما ولا يزاد الغنى على ثمانية واربعين درهما والوسط أربعة وعشرون درهما ، وقال احمد دينارا وعدله معافر لا يزاد عليه ولا ينقص منه ✽ وسبب اختلافهم إختلاف الآثار في هذا الباب وذلك أنه روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم : بعث معاذا الى اليمن وأمره أن يأخذ من كل حالم ديناراً أو عدله معافر وهي ثياب باليمن وثبته

عن عمر أنه ضرب الجزية على أهل الذهب أربعة دنانير وعلى أهل الورق أربعين درهما مع ذلك أرزاق المسلمين وضيافة ثلاثة أيام وروى عنه أيضا أنه بعث عثمان بن حنيف فوضع الجزية على أهل السواد ثمانية وأربعين وأربعة وعشرين وإثنى عشر فمن حمل هذه الاحاديث كلها على التخيير وتمسك فى ذلك بعموم ما ينطلق عليه اسم الجزية اذ ليس في توقيت ذلك حديث عن النبى صلى الله عليه وسلم متفق على صحته وانما ورد الكتاب في ذلك عاما قال لاحد في ذلك وهو الاظهر والله أعلم ومن جمع بين حديث معاذ والثابت عن عمر قال أقله محدود ولاحد لا أكثره ومن رجح أحد حديثى عمر قال اما بأربعين درهما وأربعة دنانير واما بثمانية وأربعين درهما وأربعة وعشرين واثنى عشر على ما تقدم ومن رجح حديث معاذ لانه مرفوع قال دينار فقط أو عدله معافر لا يزاد على ذلك ولا ينقص منه .

(وأما المسئلة الرابعة) وهي متى تجب الجزية فانهم اتفقوا على انها لا تجب الا بعد الحول وانها تسقط عنه اذا أسلم قبل انقضاء الحول .واختلفوا اذا أسلم بعد ما يحول عليه الحول هل تؤخذ منه جزية للحول الماضى باسره أو لما مضى منه فقال قوم اذا أسلم فلا جزية عليه بعد انقضاء الحول كان اسلامه أو قبل انقضائه وبهذا القول قال الجمهور،وقالت طائفة ان أسلم بعد الحول وجبت عليه الجزيةوان أسلم قبل حلول الحول لم تجب عليه وانهم اتفقوا على أنه لا تجب عليه قبل انقضاء الحول لان الحول شرط في وجوبها فاذا وجد الرافع لها وهو الاسلام قبل تقرر الوجوب أعنى قبل وجود شرط الوجوب لم تجب وانما اختلفوا بعد انقضاء الحول لانها قد وجبت فمن رأى ان الاسلام يهدم هذا الواجب في الكفر كما يهدم كثيراً من الواجبات قال تسقط عنه وان كان اسلامه بعد الحول ومن رأى انه لا يهدم الاسلام هذا الواجب كما لا يهدم كثيراً من الحقوق المرتبة مثل الديون وغير ذلك قال لا تسقط بعد انقضاء الحول * فسبب اختلافهم هو هل الاسلام يهدم الجزية الواجبة أولايهدمها .

(وأما المسئلة الخامسة) وهي كم أصناف الجزية فان الجزية عندهم ثلاثة أصناف جزية عنوية وهي هذه التى تكلمنا فيها أعنى التى تفرض على الحربيين بعد غلبتهم وجزية صلحية وهي التى يتبرعون بها ليكف عنهم وهذه ليس فيهاتوقيت لا في الواجب ولا فيمن يجب عليه ولا متى يجب عليه وانما ذلك كله راجع الى الاتفاق الواقع في ذلك بين المسلمين وأهل الصلح الا أن يقول قائل انه ان كان قبول الجزية الصلحية واجباً على المسلمين فقد يجب أن يكون ههنا قدرما اذاأعطاه

من أنفسهم الكفار وجب على المسلمين قبول ذلك منهم فيكون أقلها محدوداً وأكثرها غير محدود وأما الجزية الثالثة فهي العشرية وذلك أن جمهور العلماء على أنه ليس على أهل الذمة عشر ولا زكاة أصلا في أموالهم الا ما روى عن طائفة منهم أنهم ضاعفوا الصدقة على نصارى بني تغلب أعني أنهم أوجبوا اعطاء ضعف ما على المسلمين من الصدقة في شيء شيء من الأشياء التي تلزم فيها المسلمين الصدقة وممن قال بهذا القول الشافعي وأبو حنيفة وأحمد والثوري وهو فعل عمر بن الخطاب رضي الله عنه بهم وليس يحفظ عن مالك في ذلك نص فيما حكوا وقد تقدم ذلك في كتاب الزكاة واختلفوا هل يجب العشر عليهم في الأموال التي يتجرون بها الى بلاد المسلمين بنفس التجارة أو الاذن ان كانوا حربيين أم لا تجب الا بالشرط فرأى مالك وكثير من العلماء أن تجار أهل الذمة الذين لزمتهم بالاقرار في بلدهم الجزية يجب أن يؤخذ منهم مما يجلبونه من بلد الى بلد العشر الا ما يسوقون الى المدينة خاصة فيؤخذ منهم فيه نصف العشر ووافقه أبو حنيفة في وجوبه بالاذن في التجارة أو بالتجارة نفسها وخالفه في القدر فقال الواجب عليهم نصف العشر ومالك لم يشترط عليهم في العشر الواجب عنده نصابا ولا حولا . وأما أبو حنيفة فاشترط في وجوب نصف العشر عليهم الحول والنصاب وهو نصاب المسلمين نفسه المذكور في كتاب الزكاة، وقال الشافعي ليس يجب عليهم عشر أصلا ولا نصف عشر في نفس التجارة ولا في ذلك شيء محدود الا ما اصطلح عليه أو اشترط فعلى هـذا تكون الجزية العشرية من نوع الجزية الصلحية وعلى مذهب مالك وأبي حنيفة تكون جنسا ثالثا من الجزية غير الصلحية والتي على الرقاب ✿ وسبب اختلافهم انه لم يأت في ذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم سنة يرجع اليهـا وانما ثبت أن عمر بن الخطاب فعل ذلك بهم فمن رأى أن فعل عمر هذا انما فعله بامر كان عنده في ذلك من رسول الله صلى الله عليه وسـلم أوجب أن يكون ذلك سنتهم ومن رأى أن فعله هذا كان على وجه الشرط اذ لو كان على غير ذلك لذكره قال ليس ذلك بسـنة لازمة لهم الا بالشرط وحكى أبو عبيد في كتاب الأموال عن رجل من أصحاب النبي عليه الصلاة والسلام لا أذكر اسمه الآن انه قيل له لم كنتم تأخذون العشر من مشركي العرب فقال لأنهم كانوا يأخذون منا العشر اذا دخلنا اليهم قال الشافعي وأقل ما يجب أن يشارطوا عليه هو ما فرضه عمر رضي الله عنه وان شورطوا على أكثر فحسن قال وحكم الحربي اذا دخل بامان حكم الذمي .

(وأما المسئلة السادسة) وهي فيما اذا تصرف الجزية فانهم اتفقوا على أنهـا مشتركة لمصالح المسلمين من غير تحديد كالحال في الفيء عند من رأى انه مصروف الى

اجتهاد الامام حتى لقد رأى كثير من الناس ان اسم الفيء انما ينطلق على الجزية في آية الفيء واذا كان الامر هكذا فالاموال الاسلامية ثلاثة أصناف ، صدقة وفيء وغنيمة وهذا القدر كاف في تحصيل قواعد هذا الكتاب والله الموفق للصواب.

كتاب الايمان

وهذا الكتاب ينقسم أولا الى جملتين . الجملة الاولى في معرفة ضروب الايمان وأحكامها . والجملة الثانية في معرفة الاشياء الرافعة للايمان اللازمة وأحكامها .

(الجملة الاولى) وهذه الجملة فيها ثلاثة فصول . الفصل الاول في معرفة الايمان المباحة وتمييزها من غير المباحة . الثاني في معرفة الايمان اللغوية والمنعقدة . الثالث في معرفة الايمان التي ترفعها الكفارة والتي لاترفعها .

﴿ الفصل الاول ﴾

واتفق الجمهور على أن الاشياء منها مايجوز في الشرع أن يقسم به ومنها مالايجوز أن يقسم به .واختلفوا أي الاشياء هي الاشياء التي بهذه الصفة فقال قوم أن الحلف المباح في الشرع هو الحلف بالله وان الحالف بغير الله عاص ،وقال قوم بل يجوز الحلف بكل معظم بالشرع والذين قالوا ان الايمان المباحة هي الايمان بالله اتفقوا على اباحة الايمان التي باسمائه .واختلفوا في الايمان التي بصفاته وأفعاله ﷺ وسبب اختلافهم في الحلف بغير الله من الاشياء المعظمة بالشرع معارضة ظاهر الكتاب في ذلك للاثر وذلك أن الله قد أقسم في الكتاب باشياء كثيرة مثل قوله «والسماء والطارق» وقوله « والنجم اذا هوى » الى غير ذلك من الاقسام الواردة في القرآن وثبت أن النبي عليه الصلاة والسلام قال : ان الله ينها كم أن تحلفوا بآبائكم من كان حالفا فليحلف بالله أو ليصمت فمن جمع بين الاثر والكتاب بان قال ان الاشياء الواردة في الكتاب المقسوم بها فيها محذوف وهو الله تبارك وتعالى وان التقدير ورب النجم ورب السماء قال الايمان المباحة هي الحلف بالله فقط ومن جمع بينهما بان قال المقصود بالحديث انما هو أن لايعظم من لم يعظم الشرع بدليل قوله فيه : ان الله ينهاكم أن تحلفوا بآبائكم وان هذا من باب الخاص أريد به العام أجاز الحلف بكل معظم في الشرع فاذاً سبب اختلافهم هو اختلافهم في بناء الآية والحديث . وأما من منع

الحلف بصفات الله وبافعاله فضعيف ✡ وسبب اختلافهم هو هل يقتصر بالحديث على ماجاء من تعليق الحكم فيه بالاسم فقط أو يعدى الى الصفات والافعال لكن تعليق الحكم في الحديث بالاسم فقط جمود كثير وهو أشبه بمذهب أهل الظاهر وان كان مرويا في المذهب حكاه اللخمي عن محمد بن المواز ، وشذت فرقة فمنعت اليمين بالله عز وجل والحديث نص في مخالفة هذا المذهب .

﴿ الفصل الثاني ﴾

واتفقوا أيضا على أن الايمان منها لغو ومنها منعقدة لقوله تعالى (لايؤاخذكم الله باللغو في أيمانكم ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الايمان) واختلفوا فيما هي اللغو فذهب مالك وأبوحنيفة الى أنها اليمين على الشيء يظن الرجل انه على يقين منه فيخرج الشيء على خلاف ماحلف عليه ، وقال الشافعي لغواليمين مالم تنعقد عليه النية مثل ماجرت به العادة من قول الرجل في أثناء المخاطبة لاوالله لابالله مما يجرى على الالسنة بالعادة من غير أن يعتقد لزومه وهذا القول رواه مالك في الموطأ عن عائشة والقول الاول مروى عن الحسن بن أبي الحسن وقتادة ومجاهد وابراهيم النخعي وفيه قول ثالث وهو أن يحلف الرجل وهو غضبان وبه قال اسماعيل القاضي من أصحاب مالك وفيه قول رابع وهو الحلف على المعصية روى عن ابن عباس وفيه قول خامس وهو أن يحلف الرجل على أن لايأكل شيئا مباحا له بالشرع ✡ والسبب في اختلافهم في ذلك هوالاشتراك الذي في اسم اللغو وذلك أن اللغو قد يكون الكلام الباطل مثل قوله تعالى (والغوا فيه لعلكم تغلبون) وقد يكون الكلام الذي لاتنعقد عليه نية المتكلم به ويدل على أن اللغو في الآية هوهذا أن هذه اليمين هي ضد اليمين المنعقدة وهي المؤكدة فوجب أن يكون الحكم المضاد للشيء المضاد والذين قالوا ان اللغو هو الحلف في اغلاق أو الحلف على مالا يوجب الشرع فيه شيئا بحسب مايعتقد في ذلك قوم فانما ذهبوا الى أن اللغو ههنا يدل على معنى عرفي في الشرع وهي الايمان التي بين الشرع في مواضع اخر سقوط حكمها مثل ماروى أنه : لاطلاق في اغلاق وما أشبه ذلك لكن الاظهر هما القولان الاولان أعني قول مالك والشافعي .

(الفصل الثالث)

(وفي هذا الفصل أربع مسائل)

(المسئلة الاولى) اختلفوا في الايمان بالله المنعقدة هل يرفع جميعها الكفارة سواء كان حالفا على شيء ماض انه كان فلم يكن وهي التى تعرف باليمين الغموس وذلك اذا تعمد الكذب أو على شيء مستقبل انه يكون من قبل الحالف أو من قبل من هو بسببه فلم يكن .فقال الجمهور ليس في اليمين الغموس كفارة وانما الكفارة في الايمان التى تكون في المستقبل اذا خالف اليمين الحالف وممن قال بهذا القول مالك وأبو حنيفة وأحمد بن حنبل،وقال الشافعي وجماعة تجب فيها الكفارة أى تسقط الكفارة الاثم فيها كما تسقطه في غير الغموس * وسبب اختلافهم معارضة عموم الكتاب للاثر وذلك أن قوله تعالى « ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الايمان فكفارته اطعام عشرة مساكين » الآية توجب أن يكون في اليمين الغموس كفارة لكونها من الايمان المنعقدة وقوله عليه الصلاة والسلام : من اقتطع حق إمرىء مسلم بيمينه حرم الله عليه الجنة وأوجب له النار يوجب أن اليمين الغموس ليس فيها كفارة ولكن للشافعي أن يستثنى من الايمان الغموسة مالا يقتطع بها حق الغير وهو الذى ورد فيه النص أو يقول ان الايمان التى يقتطع بها حق الغير قد جمعت الظلم والحنث فوجب أن لا تكون الكفارة تهدم الامرين جميعا وليس يمكن فيها أن تهدم الحنث دون الظلم لان رفع الحنث بالكفارة انما هو من باب التوبة وليس تتبعض التوبة في الذنب الواحد بعينه فان تاب ورد المظلمة وكفر سقط عنه جميع الاثم.

(المسئلة الثانية) واختلف العلماء فيمن قال أنا كافر بالله أو مشرك بالله أو يهودى أو نصرانى ان فعلت كذا ثم يفعل ذلك هل عليه كفارة أم لا فقال مالك والشافعي ليس عليه كفارة ولا هذه يمين .وقال أبو حنيفة هي يمين وعليه فيها الكفارة اذا خالف اليمين وهو قول أحمد بن حنبل أيضا * وسبب اختلافهم هو اختلافهم في هل تجوز اليمين بكل ماله حرمة أم ليس يجوز الا بالله فقط ثم ان وقعت فهل تنعقد أم لا فمن رأى ان الايمان المنعقدة أعنى التى هي بصيغ القسم انما هي الايمان الواقعة بالله عز وجل وباسمائه قال لا كفارة فيها اذ ليست بيمين ومن رأى أن الايمان تنعقد بكل ماعظم الشرع حرمته قال فيها الكفارة لان الحلف بالتعظيم كالحلف بترك التعظيم وذلك أنه كما يجب التعظيم

يجب أن لا يترك التعظيم فكما ان من حلف بوجوب حق الله عليه لزمه كذلك من حلف بترك وجوبه لزمه .

(المسئلة الثالثة) واتفق الجمهور في الايمان التى ليست أقساما بشيء وانما تخرج مخرج الالزام الواقع بشرط من الشروط مثل ان يقول القائل فان فعلت كذا فعلى مشى الى بيت الله أو ان فعلت كذا وكذا فغلامى حر أو امرأتى طالق انها تلزم في القرب وفيما اذا التزمه الانسان لزمه بالشرع مثل الطلاق والعتق. واختلفوا هل فيها كفارة أم لا فذهب مالك الى أن لا كفارة فيها وانه ان لم يفعل ماحلف عليه أثم ولا بد، وذهب الشافعي وأحمد وأبوعبيد وغيرهم الى ان هذا الجنس من الايمان فيها الكفارة الا الطلاق والعتق، وقال أبوثور يكفر من حلف بالعتق وقول الشافعي مروى عن عائشة * وسبب اختلافهم هل هي يمين أونذر فمن قال انها يمين أوجب فيها الكفارة لدخولها تحت عموم قوله تعالى (فكفارته اطعام عشرة مساكين) الآية ومن قال انها من جنس النذر أى من جنس الاشياء التى نص الشرع على انه اذا التزمها الانسان لزمته قال لا كفارة فيها لكن يعسر هذا على المالكية لتسميتهم اياها ايمانا لكن لعلهم انما سموها أيمانا على طريق التجوز والتوسع والحق انه ليس يجب أن تسمى بحسب الدلالة اللغوية أيمانا فان الايمان في لغة العرب لها صيغ مخصوصة وانما يقع اليمين بالاشياء التى تعظم وليست صيغة الشرط هي صيغة اليمين فاما هل تسمى أيمانا بالعرف الشرعي وهل حكمها حكم الايمان ففيه نظر وذلك انه قد ثبت أنه عليه الصلاة والسلام قال : كفارة النذر كفارة يمين وقال تعالى (لم تحرم ماأحل الله لك) الى قوله (قد فرض الله لكم تحلة أيمانكم) فظاهر هذا انه قد سمى بالشرع القول الذى مخرجه مخرج الشرط أو مخرج الالزام دون شرط ولا يمين يمينا فيجب أن تحمل على ذلك جميع الاقاويل التى تجرى هذا المجرى الا ماخصصه الاجماع من ذلك مثل الطلاق فظاهر الحديث يعطى ان النذر ليس بيمين وان حكمه حكم اليمين وذهب داود وأهل الظاهر الى أنه ليس يلزم من مثل هذه الاقاويل أعنى الخارجة مخرج الشرط الا ما ألزمه الاجماع من ذلك وذلك انها ليست بنذور فيلزم فيها النذور ولا بايمان فترفعها الكفارة فلم يوجبوا على من قال ان فعلت كذا وكذا فعلى المشى الى بيت الله مشيا ولا كفارة بخلاف مالو قال على المشى الى بيت الله لان هذا نذار باتفاق وقد قال عليه الصلاة والسلام : من نذر أن يطيع الله فليطعه ومن نذر ان يعصيه فلا يعصه * فسبب هذا الخلاف في هذه الاقاويل التى تخرج مخرج الشرط هو هل هى ايمان أونذور أو ليست أيمانا ولا نذورا فتأمل هذا فانه بين ان شاء الله تعالى .

(المسئلة الرابعة) اختلفوا في قول القائل أقسم أو أشهد ان كان كذا وكذا هل هو يمين أم لا على ثلاثة أقوال . فقيل انه ليس بيمين وهو أحد قولى الشافعى ، وقيل انها أيمان ضد القول الاول وبه قال أبوحنيفة ، وقيل ان أراد الله بها فهو يمين وان لم يرد الله بها فليست بيمين وهو مذهب مالك * وسبب اختلافهم هوهل المراعى اعتبار صيغة اللفظ أو اعتبار مفهومه بالعادة أو اعتبار النية فمن اعتبر صيغة اللفظ قال ليست بيمين إذ لم يكن هنالك نطق بمقسوم به ومن اعتبر صيغة اللفظ بالعادة قال هى يمين وفي اللفظ محذوف ولابد وهو الله تعالى ومن لم يعتبر هذين الامرين واعتبر النية إذ كان اللفظ صالحا للامرين فرق في ذلك كما تقدم .

(الجملة الثانية) وهذه الجملة تنقسم أولا قسمين . القسم الاول النظر في الاستثناء والثانى النظر في الكفارات (القسم الاول) وفي هذا القسم فصلان ، الفصل الاول في شروط الاستثناء المؤثر فى اليمين ، الفصل الثانى في تعريف الايمان التى يؤثر فيها الاستثناء من التى لا تؤثر .

الفصل الاول

وأجمعوا على أن الاستثناء بالجملة له تأثير فى حل الايمان . واختلفوا فى شروط الاستثناء الذى يجب له هذا الحكم بعد أن اجمعوا على انه اذا اجتمع في الاستثناء ثلاثة شروط أن يكون متناسقا مع اليمين وملفوظا به ومقصودا من أول اليمين انه لاينعقد معه اليمين . واختلفوا في هذه الثلاثة مواضيع أعنى اذا فرق الاستثناء من اليمين أونواه ولم ينطق به أو حدثت له نية الاستثناء بعد اليمين وان أتى به متناسقا مع اليمين .

(فأما المسئلة الاولى) وهى اشتراط اتصاله بالقسم فان قوما اشترطوا ذلك فيه وهو مذهب مالك ؛ وقال الشافعي لاباس بينهما بالسكتة الخفيفة كسكتة الرجل للتذكر أوللتنفس أولانقطاع الصوت ؛ وقال قوم من التابعين يجوز للحالف الاستثناء مالم يقم من مجلسه وكان ابن عباس يرى ان له الاستثناء ابداً على ماذكر عنه متى ماذكر وانما اتفق الجميع على ان استثناء مشيئة الله فى الامر المحلوف على فعله ان كان فعلا أوعلى تركه ان كان تركا رافع لليمين لان الاستثناء هو رفع للزوم اليمين . قال ابو بكر بن المنذر ثبت ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : من حلف فقال ان شاء الله لم يحنث . وانما اختلفوا هل يؤثر في اليمين اذا لم توصل بها أولا يؤثر لاختلافهم هل الاستثناء حال للانعقاد أم هومانع له فاذا قلنا أنه مانع للانعقاد لاحال له اشترط ان

يكون متصلا باليمين واذا قلنا انه حال لم يلزم فيه ذلك والذين اتفقوا على انه حال اختلفوا هل هو حال بالقرب أو بالبعد على ماحكينا وقد احتج من رأى انه حال بالقرب بما رواه سعد عن سماك بن حرب عن عكرمة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : والله لاغزون قريشا قالها ثلاث مرات ثم سكت ثم قال ان شاء الله فدل هذا ان الاستثناء حال لليمين لامانع لها من الانعقاد قالوا ومن الدليل على أنه حال بالقرب انه لوكان حالا بالبعد على مارواه ابن عباس لكان الاستثناء يغنى عن الكفارة والذى قالوه بين . وأما اشتراط النطق باللسان فانه اختلف فيه فقيل لابد فيه من اشتراط اللفظ أى لفظ كان من ألفاظ الاستثناء وسواء كان بألفاظ الاستثناء أو بتخصيص العموم أو بتقييد المطلق هذا هو المشهور ، وقيل انما ينفع الاستثناء بالنية بغير لفظ في حرف الا فقط أى بما يدل عليه لفظ الا وليس ينفع ذلك فيما سواه من الحروف وهذه التفرقة ضعيفة ✡ والسبب في هذا الاختلاف هو هل تلزم العقود اللازمة بالنية فقط دون اللفظ أو باللفظ والنية معا مثل الطلاق والعتق واليمين وغير ذلك .

(وأما المسئلة الثانية) وهى هل تنفع النية الحادثة في الاستثناء بعد انقضاء اليمين فقيل أيضا في المذهب انها تنفع اذا حدثت متصلة باليمين ، وقيل بل اذا حدثت قبل ان يتم النطق باليمين وقيل بل الاستثناء على ضربين استثناء من عدد واستثناء من عموم بتخصيص أو من مطلق بتقييد فالاستثناء من العدد لا ينفع فيه الا حدوث النية قبل النطق باليمين والاستثناء من العموم ينفع فيه حدوث النية بعد اليمين اذا وصل الاستثناء نطقا باليمين ✽ وسبب اختلافهم هل الاستثناء مانع للعقد أو حال له فان قلنا أنه مانع فلا بد من اشتراط حدوث النية في أول اليمين وان قلنا أنه حال لم يلزم ذلك وقد أنكر عبد الوهاب أن يشترط حدوث النية في أول اليمين للاتفاق وزعم على أن الاستثناء حال لليمين كالكفارة سواء .

﴿ الفصل الثانى من القسم الاول ﴾

وقد اختلفوا في الايمان التى يؤثر فيها استثناء مشيئة الله من التى لا يؤثر فيها فقال مالك وأصحابه لا تؤثر المشيئة الا في الايمان التى تكفر وهي اليمين بالله عندهم أو النذر المطلق على ما سيأتى . وأما الطلاق والعتاق فلا يخلوا ان يعلق الاستثناء في ذلك بمجرد الطلاق او العتق فقط مثل ان يقول هي طالق ان شاء الله وهذه ليست عندهم يمينا

واما ان يعلق الطلاق بشرط من الشروط مثل ان يقول ان كان كذا فهى طالق ان شاء الله او ان كان كذا فهو عتيق ان شاء الله .

فاما القسم الاول فلا خلاف في المذهب أن المشيئة غير مؤثرة فيه .

وأما القسم الثانى وهو اليمين بالطلاق ففى المذهب فيه قولان أصحهما أنه اذا صرف الاستثناء الى الشرط صح الذى علق به الطلاق وان صرفه الى نفس الطلاق لم يصح وقال أبو حنيفة والشافعى الاستثناء يؤثر في ذلك كله سواء قرنه بالقول الذى مخرجه مخرج الشرط أو بالقول الذى مخرجه مخرج الخبر * وسبب الخلاف ماقلناه من ان الاستثناء هل هو حال أو مانع فاذا قلنا مانع وقرن بلفظ مجرد الطلاق فلا تأثيرله فيه اذ قد وقع الطلاق أعنى اذا قال الرجل لزوجته هى طالق ان شاء الله لان المانع انما يقوم لما لم يقع وهو المستقبل وان قلنا انه حال للمعقود وجب أن يكون له تأثير في الطلاق وان كان قد وقع فتأمل هذا فانه بين ولامعنى لقول المالكية ان الاستثناء في هذا مستحيل لان الطلاق قد وقع الا أن يعتقدوا ان الاستثناء هومانع لاحال فتأمل هذا فانه ظاهر ان شاء الله .

القسم الثانى من الجملة الثانية

وهذا القسم فيه فصول ثلاثة قواعد . الفصل الاول في موجب الحنث وشروطه وأحكامه . الفصل الثانى في رافع الحنث وهى الكفارات . الفصل الثالث متى ترفع وكم ترفع .

(الفصل الاول)

واتفقوا على ان موجب الحنث هو المخالفة لما انعقدت عليه اليمين وذلك إما فعل ماحلف على ألا يفعله واما ترك ماحلف على فعله اذا علم أنه قد تراخى عن فعل ماحلف على فعله الى وقت ليس يمكنه فيه فعله وذلك في اليمين بالترك المطلق مثل ان يحلف لتأكلن هذا الرغيف فيأكله غيره أوالى وقت هو غير الوقت الذى اشترط في وجود الفعل عنه وذلك في الفعل المشترط فعله في زمان محدود مثل أن يقول والله لافعلن اليوم كذا وكذا فانه اذا انقضى النهار ولم يفعل حنث ضرورة واختلفوا من ذلك في أربعة مواضع . أحدها اذا أتى بالمخالف ناسيا أو مكرها والثانى هل يتعلق موجب اليمين باقل ماينطلق عليه الاسم أو بجميعه . والموضع الثالث هل يتعلق اليمين بالمعنى المساوى لصيغة اللفظ أو بمفهومه المخصص للصيغة والمعمم لها . والموضع الرابع اليمين على نية الحالف أو المستحلف

(فأما المسئلة الاولى) فان مالكا يرى الساهي والمكره بمنزلة العامد والشافعي يرى أن لاحنث على الساهي ولا على المكره * وسبب اختلافهم معارضة عموم قوله تعالى « ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الايمان » ولم يفرق بين عامد وناس لعموم قوله عليه الصلاة والسلام: رفع عن امتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه فان هذين العمومين يمكن ان يخصص كل واحد منها بصاحبه. وأما الموضع الثاني فثل ان يحلف أن لا يفعل شيئا ففعل بعضه أو انه يفعل شيئا فلم يفعل بعضه فعند مالك أنه اذا حلف ليا كلن هذا الرغيف فاكل بعضه لا يبرأ الا باكله كله واذا قال لآ كل هذا الرغيف انه يحنث ان أكل بعضه وعند الشافعي وأبي حنيفة انه لا يحنث في الوجهين جميعا حملا على الاخذ باكثر ما يدل عليه الاسم. وأما تفريق مالك بين الفعل والترك فلم يجر في ذلك على أصل واحد لانه أخذ في الترك باقل ما يدل عليه الاسم وأخذ في الفعل بجميع ما يدل عليه الاسم وكأنه ذهب الى الاحتياط.

(وأما المسئلة الثالثة) فثل أن يحلف على شيء بعينه يفهم منه القصد الى معنى أعم من ذلك الشيء الذي لفظ به أو أخص أو يحلف على شيء وينوي به معنى أعم أو أخص أو يكون للشيء الذي حلف عليه اسمان، أحدهما لغوي، والآخر عرفي وأحدهما أخص من الآخر وأما اذا حلف على شيء بعينه فانه لا يحنث عند الشافعي وأبي حنيفة الا بالمخالفة الواقعة في ذلك الشيء بعينه الذي وقع عليه الحلف وان كان المفهوم منه معنى أعم أو أخص من قبل الدلالة العرفية وكذلك أيضا فيما أحسب لا يعتبرون النية المخالفة للفظ وانما يعتبرون مجرد الالفاظ فقط. وأما مالك فان المشهور من مذهبه أن المعتبر أولا عنده في الايمان التي لا يقضى على حالفها بموجبها هو النية فان عدمت فقرينة الحال فان عدمت فعرف اللفظ فان عدم فدلالة اللغة وقيل لا يراعى الا النية أو ظاهر اللفظ اللغوي فقط وقيل يراعى النية وبساط الحال ولا يراعى العرف. وأما الايمان التي يقضى بها على صاحبها فانه ان جاء الحالف مستفتياً كان حكمه حكم اليمين التي لا يقضى بها على صاحبها من مراعاة هذه الاشياء فيها على هذا الترتيب وان كان مما يقضى بها عليه لم يراع فيها الا اللفظ الا أن يشهد لما يدعى من النية المخالفة لظاهر اللفظ قرينة الحال أو العرف.

(وأما المسئلة الرابعة) فانهم اتفقوا على أن اليمين على نية المستحلف في الدعاوى واختلفوا في غير ذلك مثل الايمان على المواعيد فقال قوم على نية الحالف، وقال قوم على نية المستحلف وثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: اليمين على نية المستحلف

وقال عليه الصلاة والسلام : يمينك على مايصدقك عليه صاحبك خرج هذين الحديثين مسلم ومن قال اليمين على نية الحالف فانما اعتبر المعنى القائم بالنفس من اليمين لاظاهر اللفظ ،وفي هذا الباب فروع كثيرة لكن هذه المسائل الاربع هي أصول هذا الباب اذ يكاد أن يكون جميع الاختلاف الواقع في هذا الباب راجعا الى الاختلاف في هذه وذلك في الاكثر مثل اختلافهم فيمن حلف أن لايأكل رؤسا فأكل رؤس حيتان هل يحنث أم لا فمن راعى العرف قال لايحنث ومن راعى دلالة اللغة قال يحنث ومثل اختلافهم فيمن حلف ان لايأكل لحما فأكل شحما فمن اعتبر دلالة اللفظ الحقيقي قال لايحنث ومن رأى ان اسم الشيء قد ينطلق على مايتولد منه قال يحنث وبالجملة فاختلافهم في المسائل الفروعية التي في هذا الباب هي راجعة الى اختلافهم في هذه المسائل التي ذكرنا وراجعة الى اختلافهم في دلالات الالفاظ التي يحلف بها وذلك أن منها ماهي مجملة . ومنها ماهي ظاهرة . ومنها ماهي نصوص .

(الفصل الثاني)

واتفقوا على أن الكفارة في الايمان هي الاربعة الانواع التي ذكر الله في كتابه في قوله تعالى (فكفارته) الآية وجمهورهم على أن الحالف اذا حنث مخير بين ثلاثة منها أعني الاطعام، أو الكسوة، أو العتق وانه لا يجوز له الصيام الا اذا عجز عن هذه الثلاثة لقوله تعالى (فمن لم يجد فصيام ثلاثة أيام) الا ما روى عن ابن عمر انه كان اذا غلظ اليمين أعتق أو كسا واذا لم يغلظها أطعم.واختلفوا من ذلك في سبع مسائل مشهورة . المسئلة الاولى في مقدار الاطعام لكل واحد من العشرة مساكين .الثانية في جنس الكسوة اذا اختار الكسوة وعددها . الثالثة في اشتراط التتابع في صيام الثلاثة الايام أولا اشتراطه . الرابعة في اشتراط العدد في المساكين . الخامسة في اشتراط الاسلام فيهم والحرية . السادسة في اشتراط السلامة في الرقبة المعتقة من العيوب .السابعة في اشتراط الايمان فيها .

(المسئلة الاولى) أما مقدار الاطعام فقال مالك والشافعي وأهل المدينة يعطى لكل مسكين مد من حنطة بمد النبي صلى الله عليه وسلم الا ان مالكا قال المدخاص باهل المدينة فقط لضيق معايشهم وأما سائر المدن فيعطون الوسط من نفقتهم وقال ابن القاسم يجزى المد في كل مدينة مثل قول الشافعي.وقال أبو حنيفة وأصحابه يعطيهم نصف صاع من حنطة أو صاعا من شعير أو تمر قال فان غداهم وعشاهم أجزأه * والسبب في اختلافهم

في ذلك اختلافهم في تأويل قوله تعالى (من أوسط ماتطعمون أهليكم) هل المراد بذلك أكلة واحدة أو قوت اليوم وهو غداء وعشاء فمن قال أكلة واحدة قال انه الوسط في الشبع ومن قال غداء وعشاء قال نصف صاع ولاختلافهم أيضا سبب آخر وهو تردد هذه الكفارة بين كفارة الفطر متعمدا في رمضان وبين كفارة الاذى فمن شبهها بكفارة الفطر قال مد واحد ومن شبهها بكفارة الاذى قال نصف صاع واختلفوا هل يكون مع الخبز في ذلك ادام أم لا وان كان فماهو الوسط فيه فقيل يجزى الخبز قفارا وقال ابن حبيب لايجزى وقيل الوسط من الادام الزيت وقيل اللبن والسمن والتمر. واختلف أصحاب مالك من الاهل الذين أضاف اليهم الوسط من الطعام في قوله تعالى (من أوسط ماتطعمون أهليكم) فقيل أهل المكفر وعلى هذا انما يخرج الوسط من الشيء الذي منه يعيش أن قطنية فقطنية وان حنطة فحنطة وقيل بل هم أهل البلد الذي هو فيه وعلى هذا فالمعتبر في اللازم له هو الوسط من عيش أهل البلد لامن عيشه أعني الغالب وعلى هذين القولين يحمل قدر الوسط من الاطعام أعني الوسط من قدر مايطعم أهله أو الوسط من قدر مايطعم أهل البلد أهليهم إلا في المدينة خاصة .

(واما المسئلة الثانية) وهي المجزىء من الكسوة فان مالكا رأى ان الواجب في ذلك هو أن يكسى مايجزى فيه الصلاة فان كسا الرجل كسا ثوبا وان كسا النساء كسا ثوبين درعا وخمارا ، وقال الشافعي وأبوحنيفة يجزى في ذلك أقل ماينطلق عليه الاسم ازار أو قميص أو سراويل أو عمامة وقال ابو يوسف لاتجزى العمامة ولا السراويل * وسبب اختلافهم هل الواجب الاخذ باقل دلالة الاسم اللغوى أو المعنى الشرعي .

(وأما المسألة الثالثة) وهي اختلافهم في اشتراط تتابع الايام الثلاثة في الصيام فان مالكا والشافعي لم يشترطا في ذلك وجوب التتابع وان كانا استحباه واشترط ذلك أبو حنيفة * وسبب اختلافهم في ذلك شيئان ، أحدهما هل يجوز العمل بالقراءة التي ليست في المصحف وذلك ان في قراءة عبد الله بن مسعود فصيام ثلاثة أيام متتابعات * والسبب الثاني اختلافهم هل يحمل الامر بمطلق الصوم على التتابع أم ليس يحمل اذ كان الاصل في الصيام الواجب بالشرع إنما هو التتابع .

(وأما المسئلة الرابعة) وهي اشتراط العدد في المساكين فان مالكا والشافعي قالا لايجزيه إلا أن يطعم عشرة مساكين وقال ابو حنيفة ان اطعم مسكينا واحدا عشرة أيام أجزأه * والسبب في اختلافهم هل الكفارة حق واجب للعدد المذكور أو حق واجب على المكفر فقدر بالعدد المذكور فان قلنا انه حق واجب للعدد كالوصية فلا بد من اشتراط

العدد وان قلنا حق واجب على المكفر لكنه قدر بالعدد أجزأ من ذلك إطعام مسكين واحد على عدد المذكورين والمسئلة محتملة.

(وأما المسئلة الخامسة) وهى اشتراط الاسلام والحرية فى المساكين فان مالكا والشافعى اشترطا هما ولم يشترط ذلك أبو حنيفة ☆ وسبب اختلافهم هل استيجاب الصدقة هو بالفقر فقط أو بالاسلام اذ كان السمع قد أنبأ انه يثاب بالصدقة على الفقير الغير مسلم فمن شبه الكفارة بالزكاة الواجبة للمسلمين اشترط الاسلام فى المساكين الذين تجب لهم هذه الكفارة ومن شبهها بالصدقات التى تكون عن تطوع أجاز أن يكونوا غير مسلمين ☆ وأما سبب اختلافهم فى العبيد فهو هل يتصور فيهم وجود الفقر أم لا اذ كانوا مكفيين من ساداتهم فى غالب الاحوال أو ممن يجب أن يكفوا فمن راعى وجود الفقر فقط قال العبيد والاحرار سواء اذ قد يوجد من العبيد من يجوعه سيده ومن راعى وجوب الحق له على الغير بالحكم قال العبيد يجب على السيد القيام بهم ويقضى بذلك عليه وان كان معسرا أقضى عليه ببيعه فليس يحتاجون الى المعونة بالكفارات وماجرى مجراها من الصدقات :

(واما المسئلة السادسة) وهي هل من شرط الرقبة أن تكون سليمة من العيوب فان فقهاء الامصار شرطوا ذلك أعنى العيوب المؤثرة فى الاثمان وقال أهل الظاهر ليس ذلك من شرطها ☆ وسبب اختلافهم هل الواجب الاخذ باقل مايدل عليه لاسم أو باتم مايدل عليه .

(وأما المسئلة السابعة) وهى اشتراط الايمان فى الرقبة أيضا فان مالكا والشافعى اشترطا ذلك وأجاز أبو حنيفة أن تكون الرقبة غير مؤمنة ☆ وسبب اختلافهم هو هل يحمل المطلق على المقيد فى الاشياء التى تتفق فى الاحكام وتختلف فى الاسباب كحكم حال هذه الكفارات مع كفارة الظهار فمن قال يحمل المطلق على المقيد فى ذلك قال باشتراط الايمان فى ذلك حملا على اشتراط ذلك فى كفارة الظهار فى قوله تعالى (فتحرير رقبة مؤمنة) ومن قال لايحمل وجب عنده أن يبقى موجب اللفظ على اطلاقه .

(الفصل الثالث)

وأما متى ترفع الكفارة الحنث وتمحوه فانهم اختلفوا فى ذلك فقال الشافعى اذا كفر بعد الحنث أو قبله فقد ارتفع الاثم وقال أبو حنيفة لايرتفع الحنث الابالتكفير الذى يكون بعد الحنث لاقبله وروى عن مالك فى ذلك القولان جميعا ☆ وسبب

اختلافهم شيئان ، أحدها اختلاف الرواية في قوله عليه الصلاة والسلام : من حلف على يمين فرأى غيرها خيرا منها فليأت الذى هو خير وليكفر عن يمينه فان قوما رووه هكذا وقوم رووه فليكفر عن يمينه وليأت الذى هو خير وظاهر هذه الرواية أن الكفارة تجوز قبل الحنث وظاهر الثانية انها بعد الحنث * والسبب الثانى اختلافهم في هل يجزى تقديم الحق الواجب قبل وقت وجوبه لانه من الظاهر أن الكفارة انما تجب بعد الحنث كالزكاة بعد الحول ولقائل أن يقول ان الكفارة انما تجب بارادة الحنث والعزم عليه كالحال في كفارة الظهار فلا يدخله الخلاف من هذه الجهة وكان سبب الخلاف من طريق للمعنى هو هل الكفارة رافعة للحنث اذا وقع أو مانعة له فمن قال مانعة أجاز تقديمها على الحنث ومن قال رافعة لم يجزها الابعد وقوعه . وأما تعدد الكفارات بتعدد الايمان فانهم اتفقوا فيما علمت أن من حلف على أمور شتى بيمين واحدة ان كفارته كفارة يمين واحدة وكذلك فيما أحسب لا خلاف بينهم انه اذا حلف بايمان شتى على شىء واحد ان الكفرات الواجبة في ذلك بعدد الايمان كالحالف اذا حلف بايمان شتى على أشياء شتى ، واختلفوا اذا حلف على شىء واحد بعينه مراراً كثيرة فقال قوم في ذلك كفارة يمين واحدة وقال قوم في كل يمين كفارة الا أن يريد التأكيد وهو قول مالك وقال قوم فيها كفارة واحدة الا أن يريد التغليظ * وسبب اختلافهم هل الموجب للتعدد هو تعدد الايمان بالجنس أو بالعدد فمن قال اختلافها بالعدد قال لكل يمين كفارة اذا كررت ومن قال اختلافها بالجنس قال في هذه المسئلة يمين واحدة واختلفوا اذا حلف في يمين واحدة بأكثر من صفتين من صفات الله تعالى هل تتعدد الكفارات بتعدد الصفات التى تضمنت اليمين أم في ذلك كفارة واحدة فقال مالك الكفارة في هذه اليمين متعددة بتعدد الصفات فمن حلف بالسميع العليم الحكيم كان عليه ثلاث كفارات عنده وقال قوم ان اراد الكلام الاول وجاء بذلك على أنه قول واحد فكفارة واحدة إذ كانت يمينا واحدة * والسبب في اختلافهم هل مراعاة الوحدة أو الكثرة في اليمين هو راجع الى صيغة القول أو الى تعدد الاشياء التى يشتمل عليها القول الذى مخرجه مخرج يمين فمن اعتبر الصيغة قال كفارة واحدة ومن اعتبر عدد ماتضمنته صيغة القول من الاشياء التى يمكن أن يقسم بكل واحد منها على انفراده قال الكفارة متعددة بتعددها وهذا القدر كاف في قواعد هذا الكتاب وسبب الاختلاف والله المعين برحمته .

كتاب النذور

وهذا الكتاب فيه ثلاثة فصول . الفصل الاول في أصناف النذور . الفصل الثانى فيما يلزم من النذور ومالا يلزم وجملة أحكامها . الثالث في معرفة الشيء الذى يلزم عنها وأحكامها .

الفصل الاول

والنذور تنقسم أولا قسمين قسم من جهة اللفظ وقسم من جهة الاشياء التى تنذر فاما من جهة اللفظ فانه ضربان. مطلق وهو المخرج مخرج الخبر، ومقيد وهو المخرج مخرج الشرط والمطلق على ضربين مصرح فيه بالشيء المنذور به وغير مصرح. فالاول مثل قول القائل لله على نذر أن أحج ، والثانى مثل قوله لله على نذر دون أن يصرح بمخرج النذر والاول ربما صرح فيه بلفظ النذر وربما لم يصرح فيه به مثل أن يقول لله على أن أحج . وأما المقيد المخرج مخرج الشرط فكقول القائل ان كان كذا فعلى لله نذر كذا وأن أفعل كذا وهذا ربما علقه بفعل من أفعال الله مثل أن يقول ان شفى الله مريضى فعلى نذر كذا وكذا وربما علقه بفعل نفسه مثل ان يقول ان فعلت كذا فعلى نذر كذا وهذا هو الذى يسميه الفقهاء ايمانا وقد تقدم من قولنا انها ليست بايمان فهذه هي أصناف النذر من جهة الصيغ . وأما أصنافه من جهة الاشياء التى من جنس المعانى المنذور بها فانها تنقسم الى أربعة أقسام نذر باشياء من جنس القرب. ونذر باشياء من جنس المعاصى . ونذر باشياء من جنس المكروهات . ونذر باشياء من جنس المباحات وهذه الاربعة تنقسم قسمين ، نذر بتركها ، ونذر بفعلها

(الفصل الثانى)

وأما ما يلزم من هذه النذور ومالا يلزم فانهم اتفقوا على لزوم النذر المطلق في القرب الا ما حكى عن بعض أصحاب الشافعى ان النذر المطلق لا يجوز وانما اتفقوا على لزوم النذر المطلق اذا كان على وجه الرضا لا على وجه اللجاج وصرح فيه بلفظ النذر لا اذا لم يصرح وسواء كان النذر مصرحا فيه بالشيء المنذور أو كان غير مصرح . وكذلك اجمعوا على لزوم النذر الذى مخرجه مخرج الشرط اذا كان نذرا بقربة وانما صار والوجوب النذر لعموم قوله تعالى (يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود) ولان الله تعالى قد مدح به فقال يوفون بالنذر وأخبر بوقوع العقاب بنقضه فقال (ومنهم من عاهد الله لئن آتانا من

فضله) الآية الى قوله (بما كانوا يكذبون) ✡ والسبب في اختلافهم في التصريح بلفظ النذر فى النذر المطلق هو اختلافهم في هل يجب النذر بالنية واللفظ معا ، أو بالنية فقط فمن قال بهما معا اذا قال لله على كذا وكذا ولم يقل نذراً لم يلزمه شيء لانه اخبار بوجوب شيء لم يوجبه الله عليه آلا أن يصرح بجهة الوجوب ومن قال ليس من شرطه اللفظ قال ينعقد النذر وان لم يصرح بلفظه وهو مذهب مالك أعنى انه اذا لم يصرح بلفظ النذر انه يلزم وان كان من مذهبه ان النذر لايلزم الا بالنية واللفظ لكن رأى أنه حذف لفظ النذر من القول غير معتبر اذ كان المقصود بالاقاويل التي مخرجها مخرج النذر وان لم يصرح فيها بلفظ النذر وهذا مذهب الجمهور والاول مذهب سعيد بن المسيب ويشبه أن يكون من لم ير لزوم النذر المطلق انما فعل ذلك من قبل انه حمل الامر بالوفاء على الندب وكذلك من اشترط فيه الرضا فانما اشترطه لان القربة انما تكون على جهة الرضا لا على جهة اللجاج وهو مذهب الشافعى . وأما مالك فالنذر عنده لازم على أى جهة وقع فهذا ما اختلفوا في لزومه من جهة اللفظ . وأما ما اختلفوا في لزومه من جهة الاشياء المنذور بها فان فيه من المسائل الاصول اثنتين.

(المسئلة الاولى) اختلفوا فيمن نذر معصية فقال مالك والشافعى وجمهور العلماء ليس يلزمه فى ذلك شيء ، وقال أبو حنيفة وسفيان والكوفيون بل هو لازم واللازم عندهم فيه هو كفارة يمين لا فعل المعصية ✡ وسبب اختلافهم تعارض ظواهر الآثار في هذا الباب وذلك أنه روى في هذا الباب حديثان ، أحدهما حديث عائشة عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال : من نذر أن يطيع الله فليطعه ومن نذر أن يعصى الله فلا يعصه فظاهر هذا أنه لا يلزم النذر بالعصيان ، والحديث الثانى حديث عمران بن حصين وحديث أبى هريرة الثابت عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال : لانذر في معصية الله وكفارته كفارة يمين وهذا نص في معنى اللزوم فمن جمع بينهما في هذا قال الحديث الاول تضمن الاعلام بان المعصية لا تلزم وهذا الثانى تضمن لزوم الكفارة فمن رجح ظاهر حديث عائشة اذ لم يصح عنده حديث عمران وأبى هريرة قال ليس يلزم في المعصية شيء ومن ذهب مذهب الجمع بين الحديثين أوجب في ذلك كفارة يمين قال أبو عمر بن عبد البر ضعف أهل الحديث حديث عمران وأبى هريرة قالوا لان حديث أبى هريرة يدور على سليمان بن أرقم وهو متروك الحديث وحديث عمران بن الحصين يدور على زهير بن محمد عن أبيه وأبوه مجهول لم يرو عنه

غير ابنه وزهير أيضاعنده مناكير ولكنه خرجه مسلم من طريق عقبة بن عامر وقد جرت عادة المالكية أن يحتجوا لمالك في هذه المسئلة بما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رأى رجلا قائما فى الشمس فقال : ما بال هذا قالوا نذر أن لايتكلم ولا يستظل ولا يجلس ويصوم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : مروه فليتكلم وليجلس وليتم صيامه قالوا فامره ان يتم ما كان طاعة لله ويترك ما كان معصية وليس بالظاهر ان ترك الكلام معصية وقد أخبر الله انه نذر مريم وكذلك يشبه أن يكون القيام في الشمس ليس بمعصية الا ما يتعلق بذلك من جهة اتعاب النفس فان قيل فيه معصية فبالقياس لا بالنص فالاصل فيه انه من المباحات .

(المسئلة الثانية) واختلفوا فيمن حرم على نفسه شيئاً من المباحاة فقال مالك لا يلزم ماعدا الزوجة ،وقال أهل الظاهر ليس في ذلك شيء ،وقال أبو حنيفة في ذلك كفارة يمين وسبب اختلافهم معارضة مفهوم النظر لظاهر قوله تعالى « يا أيها النبي لم تحرم ما أحل الله لك تبتغى مرضاة أزواجك » وذلك أن النذر ليس هو اعتقاد خلاف الحكم الشرعى أعنى من تحريم محلل أو تحليل محرم وذلك أن التصرف في هذا انما هو للشارع فوجب أن يكون لمكان هذا المفهوم أن من حرم على نفسه شيئا أباحه الله له بالشرع انه لا يلزمه كما لا يلزم إن نذر تحليل شيء حرمه الشرع وظاهر قوله تعالى (قد فرض الله لكم تحلة أيمانكم) إثر العتب على التحريم يوجب أن تكون الكفارة تحل هذا العقد واذا كان ذلك كذلك فهو غير لازم والفرقة الاولى تأولت التحريم المذكور في الآية انه كان العقد بيمين وقد اختلف في الشيء الذى نزلت فيه هذه الآية وفي كتاب مسلم أن ذلك كان في شربة عسل وفيه عن ابن عباس انه قال : اذا حرم الرجل عليه امرأته فهو يمين يكفرها وقال « لقد كان لكم في رسول الله أسوة حسنة »

(الفصل الثالث)

وأما اختلافهم فيماذا يلزم في نذر نذر من النذور واحكام ذلك فان فيه اختلافا كثيراً لكن نشير نحن من ذلك الى مشهورات المسائل في ذلك وهي التى تتعلق أكثر ذلك بالنطق الشرعى على عادتنا في هذا الكتاب وفي ذلك مسائل خمس.

(المسئلة الاولى) اختلفوا فى الواجب في النذر المطلق الذى ليس يعين فيه الناذر شيئاً سوى أن يقول لله على نذر فقال كثير من العلماء في ذلك كفارة يمين لاغير ، وقال قوم بل فيه كفارة الظهار،وقال قوم أقل ما ينطلق عليه الاسم من القربه

صيام يوم أو صلاة ركعتين وإنما صار الجمهور لوجوب كفارة اليمين فيه للثابت من حديث عقبة بن عامر أنه عليه السلام قال كفارة النذر كفارة يمين خرجه مسلم. وأما من قال صيام يوم أوصلاة ركعتين فانما ذهب مذهب من يرى ان المجزى أقل ما ينطلق عليه الاسم وصلاة ركعتين أو صيام يوم أقل ما ينطلق عليه اسم النذر .و أما من قال فيه كفارة الظهار فخارج عن القياس والسماع .

(المسئلة الثانية) اتفقوا على لزوم النذر بالمشى الى بيت الله أعنى اذا نذر المشى راجلا واختلفوا اذا عجز في بعض الطريق فقال قوم لا شيء عليه . وقال قوم عليه واختلفوا فيما اذا عليه على ثلاثة أقوال فذهب اهل المدينة الى أن عليه أن يمشى مرة أخرى من حيث عجز وان شاء ركب وأجزأه وعليه دم وهذا مروى عن على، وقال أهل مكة عليه هدى دون اعادة مشى، وقال مالك عليه الامران جميعا يعنى أنه يرجع فيمشى من حيث وجب وعليه هدى والهدى عنده بدنة أو بقرة أو شاة ان لم يجد بقرة أو بدنة ✡ وسبب اختلافهم منازعة الاصول لهذه المسئلة ومخالفة الاثر لها وذلك أن من شبه العاجز اذا مشى مرة ثانية بالمتمتع والقارن من أجل أن القارن فعل ما كان عليه في سفرين فى سفر واحد وهـذا فعل ما كان عليه في سفر واحـد في سفرين قال يجب عليه هدى القارن أو المتمتع ومن شبهه بسائر الافعال التى تنوب عنها فى الحج اراقة الدم قال فيه دم ومن أخذ بالآثار الواردة فى هذا الباب قال اذا عجز فلا شيء عليه قال أبو عمر والسنن الواردة الثابتة فى هذا الباب دليل على طرح المشقة وهو كما قال واحدها حديث عقبة ابن عامر الجهنى قال : نذرت أختى أن تمشى الى بيت الله عز وجل فامرتنى أن أستفتى لها رسول الله صلى الله عليه وسلم فاستفتيت لها النبي صلى الله عليه وسلم فقال لتمش ولتركب خرجه مسلم وحديث أنس بن مالك أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رأى رجلا يهادى بين ابنتيه فسألهم عنه فقالوا نذر أن يمشى فقال عليه الصلاة والسلام : ان الله لغنى عن تعذيب هذا نفسه وأمره ان يركب وهذا أيضا ثابت .

(المسئلة الثالثـة) اختلفوا بعـد اتفاقهم على لزوم المشى فى حج أو عمرة فيمن نذر ان يمشى الى مسجد النبى صلى الله عليه وسلم أو الى بيت المقدس يريد بذلك الصـلاة فيهما فقال مالك والشافعى يلزمه المشى، وقال أبو حنيفة لا يلزمه شيء وحيث صلى أجزأه وكذلك عنده ان نذر الصلاة في المسجد الحرام وانمـا وجب عنده المشى بالنذر الى المسجد الحرام لمـكان الحج والعمرة وقال أبو يوسف صاحبه من نذر ان يصلى في بيت المقدس أو فى مسجد النبى عليه الصلاة السلام لزمه وان صلى فى البيت الحرام أجزأه عن ذلك وأكثر النـاس على ان النذر

لما سوى هذه المساجد الثلاثة لايلزم لقوله عليه الصلاة والسلام : لاتسرج المطى الا لثلاث فذكر المسجد الحرام ومسجده وبيت المقدس وذهب بعض الناس الى أن النذر الى المساجد التى يرجى فيها فضل زائد واجب واحتج في ذلك بفتوى ابن عباس لولد المرأة التى نذرت أن تمشى الا مسجد قباء فماتت أن يمشى عنها * وسبب اختلافهم في النذر الى ماعدا المسجد الحرام اختلافهم في المعنى الذى اليه تسرج المطى الى هذه الثلاثة مساجد هل ذلك لموضع صلاة الفرض فيما عدا البيت الحرام أو لموضع صلاة النفل فمن قال لموضع صلاة الفرض وكان الفرض عنده لاينذراذ كان واجبا بالشرع قال النذربالمشى الى هذين المسجدين غير لازم ومن كان عنده أن النذر قد يكون في الواجب أوانه أيضا قد يقصد هذان المسجدان لموضع صلاة النفل لقوله عليه الصلاة والسلام : صلاة في مسجدى هذا أفضل من ألف صلاة فيما سواه الا المسجد الحرام واسم الصلاة يشمل الفرض والنفل قال هو واجب لكن أبو حنيفة حمل هذا الحديث على الفرض مصيراً الى الجمع بينه وبين قوله عليه الصلاة والسلام صلاة أحدكم في بيته أفضل من صلاته في مسجدى هذا الا المكتوبة والا وقع التضاد بين هذين الحديثين وهذه المسئلة هي أن تكون من الباب الثانى أحق ان تكون من هذا الباب .

(المسئلة الرابعة) واختلفوا فى الواجب على من نذر ان ينحر ابنه في مقام ابراهيم فقال مالك ينحرجزوراً فداء له وقال أبوحنيفة ينحر شاة وهو أيضا مروى عن ابن عباس وقال بعضهم بل ينحر مائة من الابل وقال بعضهم يهدى ديته وروى ذلك عن على وقال بعضهم بل يحج به وبه قال الليث ، وقال أبو يوسف والشافعى لاشىء عليه لانه نذر معصية ولا نذر في معصية * وسبب اختلافهم قصة ابراهيم عليه الصلاة والسلام أعنى هل ماتقرب به ابراهيم هو لازم للمسلمين أم ليس بلازم فمن رأى أن ذلك شرع خص به ابراهيم قال لايلزم النذر ومن رأى انه لازم لنا قال النذر لازم والخلاف في هل يلزمنا شرع من قبلنا مشهور لكن يتطرق الى هذا خلاف آخر وهو أن الظاهر من هذا الفعل أنه كان خاصاً بابراهيم ولم يكن شرعا لاهل زمانه وعلى هذا فليس ينبغى أن يختلف هل هو شرع لنا أم ليس بشرع والذين قالوا انه شرع انما اختلفوا في الواجب في ذلك من قبل اختلافهم أيضا في هل يحمل الواجب في ذلك على الواجب على ابراهيم أم يحمل على غير ذلك من القرب الاسلامية وذلك اما صدقة بديته واما حج به واما هدى بدنة وأما الذين قالوا مائة من الابل فذهبوا الى حديث عبد المطلب .

(المسئلة الخامسة) واتفقوا على أن من نذر أن يجعل ماله كله في سبيل الله أو في سبيل من سبل البر أنه يلزمه وانه ليس ترفعه الكفارة وذلك اذا كان نذرا على جهة الخبر لاعلى جهة الشرط وهو الذى يسمونه يمينا. واختلفوا فيمن نذر ذلك على جهة الشرط مثل أن يقول مالى للمساكين ان فعلت كذا ففعله فقال قوم ذلك لازم كالنذر على جهة الخبر ولا كفارة فيه وهو مذهب مالك في النذور التى صيغها هذه الصيغة أعنى انه لا كفارة فيه ،وقال قوم الواجب في ذلك كفارة يمين فقط وهو مذهب الشافعى في النذور التى مخرجها مخرج الشرط لانه ألحقها بحكم الايمان وأما مالك فألحقها بحكم النذور على ماتقدم من قولنا في كتاب الايمان والذين اعتقدوا وجوب اخراج ماله في الموضع الذى اعتقدوه اختلفوا فى الواجب عليه فقال مالك يخرج ثلث ماله فقط وقال قوم بل يجب عليه اخراج جميع ماله وبه قال ابراهيم النخعى وزفر وقال أبو حنيفة يخرج جميع الاموال التى تجب الزكاة فيها وقال بعضهم ان أخرج مثل زكاة ماله أجزأه وفي المسألة قول خامس وهو ان كان المال كثيرا أخرج خمسه وان كان وسطا أخرج سبعه وان كان يسيرا أخرج عشره وحد هؤلاء الكثير بالفين والوسط بالف والقليل بخمسمائة وذلك مروى عن قتادة ☆ والسبب في اختلافهم في هذه المسئلة أعنى من قال المال كله أو ثلثه معارضة الاصل في هذا الباب للأثر وذلك أن ماجاء فى حديث أبى لبابة بن عبد المنذر حين تاب الله عليه وأراد أن يتصدق بجميع ماله فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم يجزيك من ذلك الثلث هو نص في مذهب مالك. وأما الاصل فيوجب أن اللازم له انما هو جميع ماله حملا على سائر النذر أعنى انه يجب الوفاء به على الوجه الذى قصده لكن الواجب هو استثناء هذه المسئلة من هذه القاعدة اذ قد استثناها النص الا أن مالكا لم يلزم في هذه المسئلة أصله وذلك أنه قال ان حلف أو نذر شيئاً معينا لزمه وان كان كل ماله وكذلك يلزم عنده ان عين جزءاً من ماله وهو أكثر من الثلث وهذا مخالف لنص مارواه في حديث أبى لبابة وفي قول رسول الله صلى الله عليه وسلم للذى جاء بمثل بيضة من ذهب فقال أصبت هذا من معدن فخذها فهى صدقة ما أملك غيرها فاعرض عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم جاءه عن يمينه ثم عن يساره ثم من خلفه فأخذها رسول الله صلى الله عليه وسلم فحذفه بها فلو أصابه لأوجعه وقال عليه الصلاة والسلام: يأتى أحدكم بما يملك فيقول هذه صدقة ثم يقعد يتكفف الناس خير الصدقة ماكان عن ظهر غنى وهذا نص في انه لايلزم المال المعين اذا تصدق به وكان جميع ماله ولعل مالكا لم تصح عنده هذه الآثار. وأما سائر الاقاويل التى قيلت في هذه المسئلة فضعاف وبخاصة من حد في ذلك غير

الثلث وهذا القدر كاف فى أصول هذا الكتاب والله الموفق للصواب .

﴿ كتاب الضحايا ﴾

وهذا الكتاب فى أصوله أربعة أبواب . الباب الاول في حكم الضحايا ومن المخاطب بها ، الباب الثانى في أنواع الضحايا وصفاتها وأسنانها وعددها ، الباب الثالث في أحكام الذبح ، الباب الرابع في أحكام لحوم الضحايا .

﴿ الباب الاول ﴾

اختلف العلماء في الاضحية هل هي واجبة أم هي سنة فذهب مالك والشافعى الى أنها من السنن المؤكدة ورخص مالك للحاج في تركها بمنى ولم يفرق الشافعى في ذلك بين الحاج وغيره ، وقال أبو حنيفة الضحية واجبة على المقيمين في الامصار الموسرين ولا تجب على المسافرين وخالفه صاحباه أبو يوسف ومحمد فقالا انها ليست بواجبة وروى عن مالك مثل قول أبى حنيفة * وسبب اختلافهم شيئان ، أحدهما هل فعله عليه الصلاة والسلام فى ذلك محمول على الوجوب أو على الندب وذلك انه لم يترك صلى الله عليه وسلم الضحية قط فيما روى عنه حتى في السفر على ماجاء في حديث ثوبان قال ذبح رسول الله صلى الله عليه وسلم أضحيته ثم قال أبو ثوبان أصلح لحم هذه الضحية قال فلم أزل أطعمه منها حتى قدم المدينة *والسبب الثانى اختلافهم في مفهوم الاحاديث الواردة في أحكام الضحايا وذلك أنه ثبت عنه عليه الصلاة والسلام من حديث أم سلمة انه قال اذا دخل العشر فاراد أحدكم أن يضحى فلا يأخذ من شعره شيئا ولا من أظفاره قالوا فقوله اذا أراد أحدكم ان يضحى فيه دليل على ان الضحية ليست بواجبة ولما أمر عليه الصلاة والسلام لابى بردة باعادة أضحيته اذ ذبح قبل الصلاة فهم قوم من ذلك الوجوب ومذهب ابن عباس ان لا وجوب قال عكرمة بعثنى ابن عباس بدرهمين أشترى بهما له لحما وقال من لقيت فقل له هذه ضحية ابن عباس وروى عن بلال انه ضحى بديك وكل حديث ليس بوارد في الغرض الذى يحتج به فيه فالاحتجاج به ضعيف. واختلفوا هل يلزم الذى يريد التضحية أن لا يأخذ في العشر الاول من شعره وأظفاره والحديث بذلك .

﴿ الباب الثانى ﴾

وفي هـذا الباب أربع مسائل مشهورة ، احداها فى تميز الجنس ، والثانية فى تمييز الصفات ، والثالثة فى معرفة السن ، والرابعة فى العدد .

(المسئلة الاولى) أجمع العلماء على جواز الضحايا من جميع بهيمة الانعام ، واختلفوا فى الافضل من ذلك فذهب مالك الى ان الافضل فى الضحايا الكباش ثم البقر ثم الابل بعكس الامر عنده فى الهدايا وقد قيل عنه الابل ثم البقر ثم الكباش ، وذهب الشافعى الى عكس ماذهب اليه مالك فى الضحايا الابل ثم البقر ثم الكباش وبه قال اشهب وابن شعبان ✡ وسبب اختلافهم معارضة القياس لدليل الفعل وذلك انه لم يرو عنه عليه الصلاة والسلام انه ضحى الا بكبش فكان ذلك دليلا على ان الكباش فى الضحايا أفضل وذلك فيما ذكر بعض الناس وفى البخارى عن ابن عمر مايدل على خلاف ذلك وهو انه قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يذبح وينحر بالمصلى . وأما القياس فلان الضحايا قربة بحيوان فوجب ان يكون الافضل فيها الافضل فى الهدايا وقد احتج الشافعى لمذهبه بعموم قوله عليه الصلاة والسلام : من راح فى الساعة الاولى فكانما قرب بدنة ومن راح فى الساعة الثانية فكانما قرب بقرة ومن راح فى الساعة الثالثة فكانما قرب كبشاً الحديث فكأن الواجب حمل هـذا على جميع القرب بالحيوان . وأما مالك فحمله على الهدايا فقط لئلا يعارض الفعل القول وهو الاولى وقد يمكن أن يكون لاختلافهم سبب آخر وهو هل الذبح العظيم الذى فدى به ابراهيم سنة باقية الى اليوم وانها الاضحية وان ذلك معنى قوله وتركنا عليه فى الآخرين فمن ذهب الى هذا قال الكباش أفضل ومن رأى ان ذلك ليست سنة باقية لم يكن عنده دليل على ان الكباش أفضل مع انه قد ثبت ان رسول الله صلى الله عليه وسلم ضحى بالامرين جميعا واذا كان ذلك كذلك فالواجب المصير الى قول الشافعى وكلهم مجمعون على انه لاتجوز الضحية بغير بهيمة الانعام الا ماحكى عن الحسن بن صالح انه قد تجوز التضحية ببقرة الوحش عن سبعة والظبى عن واحد .

(المسئلة الثانية)أجمع العلماء على اجتناب العرجاء البين عرجها فى الضحايا والمريضة البين مرضها والعجفاء التى لاتنقى (١) مصيراً لحديث البراء بن عازب ان رسول الله صلى الله عليه وسلم سئل ماذا يتقى من الضحايا فأشار بيده وقال أربع وكان البراء يشير بيده ويقول يدى أقصر من يد رسول الله صلى الله عليه وسلم العرجاء البين عرجها والعوراء البين عورها والمريضة البين مرضها والعجفاء التى لاتنقى وكذلك أجمعوا على أن ماكان

---

(١) العجفاء التى لاتنقى أي التى لامخ فى عظمها.

من هــذه الاربع خفيفاً فلا تأثيرله في منع الاجزاء .واختلفوا في موضعين ، أحدهما فيما كان من العيوب أشد من هــذه المنصوص عليها مثــل العمى وكسر الساق ، والثانى فيما كان مساوياً لها في افادة النقص وشبهها أعنى ما كان من العيوب في الاذن والعين والذنب والضرس وغــير ذلك من الاعضاء ولم يكن يسيرا . فاماالموضع الاول فان الجمهور على ان ما كان أشد من هذه العيوب المنصوص عليها فهى أحرى أن تمنع الاجزاء وذهب أهل الظاهر الى أنه لاتمنع الاجزاء ولا يتجنب بالجملة أ كثر من هذه العيوب التى وقع النص عليها ✽ وسبب اختلافهم هل هذا اللفظ الوارد هو خاص أريد به الخصوص أوخاص أريدبه العموم فمن قال أريد به الخصوص ولذلك أخبر بالعدد قال لايمنع الاجزاء الا هذه الاربعة فقط ومن قال هو خاص أريدبه العموم وذلك من النوع الذى يقع فيه التنبيه بالادنى على الاعلى قال ماهو أشد من المنصوص عليها فهوى أحرى أن لايجزى.وأما الموضع الثانى أعنى ما كان من العيوب فيسائر الاعضاء مفيداً للنقص على نحو افادة هذه العيوب المنصوص عليها له فانهم اختلفوا فيذلك على ثلاثة أقوال أحدها أنها يمنع الاجزاء كمنع المنصوص عليها وهو المعروف من مذهب مالك في الكتب المشهورة والقول الثانى أنها لاتمنع الاجزاء وان كان يستحب اجتنابها وبه قال ابن القصار وابن الجلاب وجماعة من البغداديين من أصحاب مالك ، والقول الثالث انها لاتمنع الاجزاء ولايستحب تجنبها وهو قول أهل الظاهر ✡ وسبب اختلافهم شيئان؛أحدهما اختلافهم في مفهوم الحديث المتقدم ؛ والثانى تعارض الاثار فى هذا الباب . أماالحديث المتقدم فمن راّه من باب الخاص أريدبه الخاص قال لايمنع ماسوى ربع مما هومساو لها أو أكثر منها . وأما من راّه من باب الخاص أريد به العام وهم الفقهاء فمن كان عنده إنه من باب التنبيه بالادنى على الاعلى فقط لامن باب التنبيه بالمساوى على المساوى قال يلحق بهذه الاربع ما كان أشد منها ولا يلحق بهاما كان مساويا لها في منع الاجزاء الاعلى وجه الاستحباب ومن كان عنده انه من باب التنبيه على الامرين جميعاً أعنى على ماهو أشد من المنطوق به أو مساو له قال تمنع العيوب الشبيهة بالمنصوص عليها الاجزاء كما يمنعه العيوب التى هى أ كبر منها فهذ هو أحد أسباب الخلاف فى هذه المسئلة وهو من قبل تردد اللفظ بين أن يفهم منه المعنى الخاص أو المعنى العام ثم ان من فهم منه العام فأى عام هو هل الذى هو أ كثر من ذلك أو الذى هو أ كثر والمساوى معاً على المشهور من مذهب مالك ✫ وأما السبب الثانى فانه ورد فى هذا الباب من الاحاديث الحسان حديثان متعارضان فذكر النسائى عن أبى بردة أنه قال يارسول الله أ كره النقص يكون فى القرن

والاذن له فقال له النبي صلى الله عليه وسلم : ما كرهته فدعه ولا تحرمه على غيرك وذكر على ابن أبي طالب قال أمرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم أن نستشرف العين والاذن ولا يضحى بشرقاء ولا خرقاء ولا مدابرة ولا بتراء والشرقاء المشقوقة الاذن والخرقاء المثقوبة الاذن والمدابرة التي قطع من جنبتي أذنها من خلف فمن رجح حديث أبي بردة قال لا يتقى الا العيوب الاربع أو ماهو أشد منها ومن جمع بين الحديثين بان حمل حديث أبي بردة على اليسير الذى هو غير بين وحديث على على الكثير الذى هو بين الحق بحكم المنصوص عليها ماهو مساولها ولذلك جرى أصحاب هذا المذهب الى التحديد فيما يمنع الأجزاء مما يذهب من هذه الاعضاء فاعتبر بعضهم ذهاب الثلث من الاذن والذنب وبعضهم اعتبر الا كثر وكذلك الامر في ذهاب الاسنان واطباء الثدى وأما القرن فان مالكا قال ليس ذهاب جزء منه عيباً الا أن يكون يدمى فانه عنده من باب المرض ولا خلاف في أن المرض البين يمنع الاجزاء وخرج أبو داود ان النبي عليه الصلاة والسلام : نهى عن أعضب الاذن والقرن . واختلفوا في الصكاء وهى التي خلقت بلا اذنين فذهب مالك والشافعى الى انها لا تجوز وذهب أبو حنيفة الى انه اذا كان خلقة جاز كالاجم ولم يختلف الجمهور ان قطع الاذن كله أو أكثره عيب وكل هذا الاختلاف راجع الى ماقدمنا واختلفوا في الابتر فقوم أجازوه لحديث جابر الجعفى عن محمد بن قرظة عن أبي سعيد الخدرى انه قال اشتريت كبشا لاضحى به فاكل الذئب ذنبه فسألت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : ضح به وجابر عند أكثر المحدثين لا يحتج به وقوم ايضا منعوه لحديث على المتقدم.

(وأما المسئلة الثالثة) وهى معرفة السن المشترطة في الضحايا فانهم أجمعوا على انه لا يجوز الجذع من المعز بل الثنى فما فوقه لقوله عليه الصلاة والسلام لابى بردة لما امره بالاعادة : يجزيك ولا يجزى جذع عن أحد غيرك . واختلفوا في الجذع من الضأن فالجمهور على جوازه وقال قوم بل الثنى من الضأن ✡ وسبب اختلافهم معارضة العموم للخصوص فالخصوص هو حديث جابر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لاتذبحوا الا مسنة الا أن يعسر عليكم فتذبحوا جذعة من الضان خرجه مسلم والعموم هو ماجاء في حديث أبي بردة بن نيار خرجه من قوله عليه الصلاة والسلام : ولا تجزى جذعة عن أحد بعدك فمن رجح هذا العموم على الخصوص وهو مذهب أبي محمد بن حزم في هذه المسئلة لانه زعم ان أبا الزبير مدلس عند المحدثين والمدلس عندهم هو من ليس تجرى العنعنة من قوله مجرى المسند لتسامحه في ذلك وحديث أبي بردة لامطعن فيه . وأما من ذهب الى بناء الخاص على العام على ماهو المشهور عند جمهور الاصوليين

فانه استثنى من ذلك العموم جذع الضان المنصوص عليها وهو الاول وقد صحح هـذا الحديث أبو بكر بن صفور (١) وخطأ أبا محمد بن حزم فيما نسب الى أبي الزبير في غالب ظني في قول له رد فيه على ابن حزم .

(وأما المسئلة الرابعة) وهى عدد ما يجزى من الضحايا عن المضحين فانهم اختلفوا في ذلك فقال مالك يجوز أن يذبح الرجل الكبش أو البقرة أو البدنة مضحيا عن نفسه وعن أهل بيته الذين تلزمه نفقتهم بالشرع وكذلك عنده الهدايا وأجاز الشافعي وأبو حنيفة وجماعة ان ينحر الرجل البدنة عن سبع وكذلك البقرة مضحيا أو مهديا وأجمعوا على أن الكبش لا يجزى إلا عن واحد الاما رواه مالك من انه يجزى أن يذبحه الرجل عن نفسه وعن أهل بيته لا على جهة الشركة بل اذا اشتراه منفردا وذلك لما روى عن عائشة انها قالت : كنا بمنى فدخل علينا بلحم بقر فقلنا ما هو فقالوا ضحى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن أزواجه وخالفه في ذلك أبو حنيفة والثورى على وجه الكراهة لا على وجه عدم الاجزاء ✡ وسبب اختلافهم معارضة الاصل في ذلك للقياس المبنى على الاثر الوارد في الهدايا وذلك ان الاصل هو أن لا يجزى الا واحد عن واحد ولذلك اتفقوا على منع الاشتراك في الضأن وانما قلنا أن الاصل هو أن لا يجزى الا واحد عن واحد لان الامر بالتضحية لا يتبعض اذ كان من كان له شرك في ضحية ليس ينطلق عليه اسم مضح الا أن قام الدليل الشرعى على ذلك . وأما الاثر الذى ينبنى عليه القياس المعارض لهذا الاصل فيما روى عن جابر أنه قال . نحرنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم عام الحديبية البدنة عن سبع وفي بعض روايا ت الحديث : سن رسول الله صلى الله عليه وسلم البدنة عن سبعة والبقرة عن سبعة فقاس الشافعي وأبو حنيفة الضحايا في ذلك على الهدايا . واما مالك فرجح الاصل على القياس المبنى على هذا الاثر لانه اعتل لحديث جابر بان ذلك كان حين صد المشركون رسول الله صلى الله عليه وسلم عن البيت وهدى المحصر بعد ليس هو عنده واجبا وانما هو تطوع وهدى التطوع يجوز عنده فيه الاشتراك ولا يجوز الاشتراك في الهدى الواجب لكن على على القول بأن الضحايا غير واجبة فقد يمكن قياسها على هذا الهدى وروى عنه ابن القاسم أنه لا يجوز الاشتراك لا في هدى تطوع ولا في هدي وجوب وهذا كانه رد للحديث لمكان مخالفته للاصل في ذلك وأجمعوا على أنه لا يجوز أن يشترك في النسك أكثر من سبعة وان كان قد روى من حديث رافع بن خديج ومن طريق ين عباس وغيره البدنة عن عشرة وقال الطحاوى واجماعهم على أنه لا يجوز أن

(١) هكذا بالاصل وليحرر

يشترك في النسك اكثر من سبعة دليل على أن الآثار في ذلك غير صحيحة وانما صار مالك لجواز تشريك الرجل أهل بيته في أضحيته أو هديته لما رواه عن ابن شهاب أنه قال ما نحر رسول الله صلى الله عليه وسلم عن أهل بيته الا بدنة واحدة أو بقرة وحدة وانما خولف مالك في الضحايا في هذا المعنى أعنى في التشريك لان الاجماع انعقد على منع التشريك فيه في الاجانب فوجب أن يكون الاقارب في ذلك في قياس الاجانب وانما فرق مالك في ذلك بين الاجانب والاقارب لقياسه الضحايا على الهدايا فى الحديث الذى احتج به اعنى حديث ابن شهاب فاختلافهم فى هذه المسئلة اذاً راجع الى تعارض الاقيسة في هذا الباب اعنى اما الحاق الاقارب بالاجانب واما قياس الضحايا على الهدايا .

الباب الثالث

ويتعلق بالذبح المختص بالضحايا النظر في الوقت والذبح اما الوقت فانهم إختلفوا فيه فى ثلاثة مواضع في ابتدائه وفي انتهائه وفي الليالى المتحللة له . فاما في ابتدائه فانهم اتفقوا على ان الذبح قبل الصلاة لايجوز لثبوت قوله عليه الصلاة والسلام : من ذبح قبل الصلاة فانما هي شاة لحم وأمره بالاعادة لمن ذبح قبل الصلاة وقوله : أول ما نبدأ به في يومنا هذا هو ان نصلى ثم ننحر الى غير ذلك من الآثار الثابتة التى فى هذا المعنى . واختلفوا فيمن ذبح قبل ذبح الامام وبعد الصلاة فذهب مالك الى انه لايجوز لاحد ذبح أضحيته قبل ذبح الامام وقال أبو حنيفة والثورى يجوز الذبح بعد الصلاة و قبل ذبح الامام * وسبب اختلافهم اختلاف الآثار في هذا الباب وذلك انه جاء في بعضها ان النبى عليه الصلاة والسلام أمر لمن ذبح قبل الصلاة ان يعيد الذبح وفى بعضها أنه أمر لمن ذبح قبل ذبحه ان يعيد خرج هذا الحديث الذى فيه هذا المعنى مسلم فمن جعل ذلك موطنين اشترط ذبح الامام في جواز الذبح ومن جعل ذلك موطنا واحدا قال انما يعتبر في اجزاء الذبح الصلاة فقط وقد اختلفت الرواية في حديث أبى بردة بن نيار وذلك ان في بعض رواياته انه ذبح قبل الصلاة فأمره رسول الله صلى الله عليه وسلم ان يعيد الذبح وفي بعضها انه ذبح قبل ذبح رسول الله صلى الله عليه وسلم فامره بالاعادة واذ كان ذلك كذلك فحمل قول الراوى أنه ذبح قبل رسول الله صلى الله عليه وسلم وقول الآخر ذبح قبل الصلاة على موطن واحد أولى وذلك ان من ذبح قبل الصلاة فقد ذبح قبل رسول الله صلى الله عليه وسلم فيجب ان يكون المؤثر في عدم الاجزاء انما هو الذبح قبل الصلاة

كما جاء في الآثار الثابتة في ذلك من حديث أنس وغيره ان من ذبح قبل الصلاة فليعد وذلك ان تأصيل هذا الحكم منه صلى الله عليه وسلم يدل بمفهوم الخطاب دلالة قوية ان الذبح بعد الصلاة يجزى لانه لوكان هنالك شرط آخر مما يتعلق به إجزاء الذبح لم يسكت عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم مع ان فرضه التبيين ونص حديث أنس هذا قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم النحر: من كان ذبح قبل الصلاة فليعد واختلفوا من هذا الباب في فرع مسكوت عنه وهو متى يذبح من ليس له امام من أهل القرى فقال مالك يتحرون ذبح أقرب الأئمة اليهم وقال الشافعي يتحرون قدر الصلاة والخطبة ويذبحون، وقال أبو حنيفة من ذبح من هؤلاء بعد الفجر أجزأه وقال قوم بعد طلوع الشمس وكذلك اختلف أصحاب مالك في فرع آخر وهو اذا لم يذبح الامام في المصلى فقال قوم يتحرى ذبحه بعد انصرافه وقال قوم ليس يجب ذلك . وأما آخر زمان الذبح فان مالكا قال آخره اليوم الثالث من أيام النحر وذلك مغيب الشمس فالذبح عنده هو في الايام المعلومات يوم النحر ويومان بعده وبه قال أبو حنيفة وأحمد وجماعة وقال الشافعي والاوزاعي الاضحى أربعة أيام يوم النحر وثلاثة أيام بعده وروى عن جماعة أنهم قالوا الاضحى يوم واحد وهو يوم النحر خاصة وقد قيل الذبح الى آخر يوم من ذى الحجة وهو شاذ لادليل عليه وكل هذه الاقاويل مروية عن السلف * وسبب اختلافهم شيئان ، أحدهما اختلافهم في الايام المعلومات ماهي في قوله تعالى (ليشهدوا منافع لهم ويذكروا اسم الله في أيام معلومات على مارزقهم من بهيمة الانعام) فقيل يوم النحر ويومان بعده وهو المشهور وقيل العشر الاول من ذى الحجة * والسبب الثانى معارضة دليل الخطاب في هذه الآية لحديث جبير بن مطعم وذلك انه ورد فيه عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال: كل فجاج مكة منحر وكل أيام التشريق ذبح فمن قال في الايام المعلومات إنها يوم النحر ويومان بعده في هذه الآية ورجح دليل الخطاب فيها على الحديث المذكور قال لانحر الا في هذه الايام ومن رأى الجمع بين الحديث والآية وقال لامعارضة بينهما اذ الحديث اقتضى حكما زائدا على مافي الآية مع ان الآية ليس المقصود منها تحديد أيام الذبح والحديث المقصود منه ذلك قال يجوز الذبح في اليوم الرابع اذ كان باتفاق من أيام التشريق ولا خلاف بينهم ان الايام المعدودات هي أيام التشريق وأنها ثلاثة بعد يوم النحر الا ماروى عن سعيد بن جبير أنه قال يوم النحر من أيام التشريق وانما اختلفوا في الايام المعلومات على القولين المتقدمين . وأما من قال يوم النحر فقط فبناء على ان المعلومات هى العشر الاول قال واذا كان الاجماع قد

انعقد انه لايجوز الذبح منهاالا في اليوم العاشر وهي محل الذبح المنصوص عليها فواجبه أن يكون الذبح انما هو يوم النحر فقط .

﴿ واما المسئلة الثالثة ﴾ وهي اختلافهم في الليالي التى تتخلل أيام النحر فذهب مالك في المشهور عنه الى أنه لايجوز الذبح في ليالي أيام التشريق ولا النحر وذهب الشافعي وجماعة الى جواز ذلك ✡ وسبب اختلافهم الاشتراك الذى فى اسم اليوم وذلك ان مرة يطلقه العرب على النهار والليلة مثل قوله تعالى « فتمتعوا في داركم ثلاثة أيام » ومرة يطلقه على الأيام دون الليالى مثل قوله تعالى (سخرها عليهم سبع ليال وثمانية أيام حسوما) فمن جعل اسم اليوم يتناول الليل مع النهار في قوله تعالى (ليذكروا اسم الله في أيام معلومات) قال يجوز الذبح بالليل والنهار في هذه الايام ومن قال ليس يتناول اسم اليوم الليل في هذه الآية قال لايجوز الذبح ولا النحر بالليل والنظر هل اسم اليوم أظهر في أحدهما من الثانى ويشبه أن يقال أنه أظهر في النهار منه في الليل لكن ان سلمنا أن دلالته في الآية هي على النهار فقط لم يمنع الذبح بالليل الا بنحو ضعيف من ايجاب دليل الخطاب وهو تعليق ضد الحكم بضد مفهوم الاسم وهذا النوع من أنواع دليل الخطاب هو من أضعفها حتى انهم قالوا ما قال به أحد من المتكلمين الا الدقاق فقط الا أن يقول قائل ان الاصل هو الحظر في الذبح وقد ثبت جوازه بالنهار فعلى من جوزه بالليل الدليل . وأما الذبح فان العلماء استحبوا ان يكون المضحى هو الذى يلى ذبح أضحيته بيده واتفقوا على أنه يجوز أن يوكل غيره على الذبح .واختلفوا هل تجوز الضحية ان ذبحها غيره بغير اذنه فقيل لا تجوز وقيل بالفرق بين أن يكون صديقا أو ولدا او أجنبيا أعنى أنه يجوز ان كان صديقاً أو ولداً ولم يختلف المذهب فيما احسب انه ان كان اجنبيا انها لا تجوز .

﴿ الباب الرابع في احكام لحوم الضحايا ﴾

واتفقوا على أن المضحى مأمور ان يأكل من لحم أضحيته ويتصدق لقوله تعالى (فكلوا منها وأطعموا البائس الفقير) وقوله تعالى (واطعموا القانع والمعتر) ولقوله صلى الله عليه وسلم في الضحايا: كلوا وتصدقوا وادخروا واختلف مذهب مالك هل يؤمر بالاكل والصدقة معا أم هو مخير بين أن يفعل أحد الامرين فقال مالك ليس له ان يفعل أحد الامرين أعنى ان يأكل الكل أو يتصدق بالكل وقال ابن المواز له أن يفعل أحد الامرين واستحب كثير من العلماء أن يقسمها ثلاثا ثلثا للادخار وثلثا للصدقة وثلثا للاكل لقوله عليه الصلاة والسلام : فكلوا وتصدقوا وادخروا وقال عبد الوهاب

فى الاكل انه ليس بواجب فى المذهب خلافا لقوم أوجبوا ذلك وأظن أهل الظاهر يوجبون تجزئة لحوم الضحايا الى الاقسام الثلاثة التى يتضمنها الحديث والعلماء متفقون فيما علمت انه لايجوز بيع لحمها واختلفوا في جلدها وشعرها وما عدا ذلك مما ينتفع به منها فقال الجمهور لايجوز بيعه وقال أبو حنيفة يجوز بيعه بغير الدراهم والدنانير أى بالعروض وقال عطاء يجوز بكل شيء دراهم ودنانير وغير ذلك وانما فرق أبو حنيفة بين الدراهم وغيرها لانه رأى ان المعاوضة بالعروض هى من باب الانتفاع لاجماعهم على أنه يجوز أن ينتفع به وهذا القدر كاف في قواعد هذا الكتاب والحمد لله .

كتاب الذبائح

والقول المحيط بقواعد هذا الكتاب ينحصر في خمسة أبواب ، الباب الاول فى معرفة محل الذبح والنحر وهو المذبوح أو المنحور ، الباب الثانى فى معرفة الذبح والنحر الباب الثالث فى معرفة الآلة التى بها يكون الذبح والنحر . الباب الرابع فى معرفة شروط الذكاة ، الباب الخامس فى معرفة الذابح والناحر ، والاصول هي الاربعة والشروط يمكن ان تدخل فى الاربعة الابواب ، والاسهل فى التعليم ان يجعل بابا على حدته .

الباب الاول

والحيوان فى اشتراط الذكاة فى أكله على ا قسمين ، حيوان لا يحل إلا بذكاة وحيوان يحل بغير ذكاة ومن هذه ما اتفقوا عليه ومنها ما اختلفوا فيه واتفقوا على أن الحيوان الذى يعمل فيه الذبح هو الحيوان البرى ذو الدم الذى ليس بمحرم ولا منفوذ المقاتل ولا ميؤس منه بوقذ أو نطح أو تردٍّ وافتراس سبع أو مرض وان الحيوان البحرى ليس يحتاج الى ذكاة واختلفوا فى الحيوان الذى ليس بدمى مما يجوز أكله مثل الجراد وغيره هل له ذكاة أم لا وفى الحيوان الدمى الذى يكون تارة في البحر وتارة فى البر مثل السلحفات وغيره واختلفوا في تأثير الذكاة في الاصناف التى نص عليها في آية التحريم وفي تأثير الذكاة فيما لايحل أكله أعني في تحليل الانتفاع بجلودها وسلب النجاسة عنها ففي هذا الباب اذا ستمسائل أصول . المسئلة الاولى في تأثير الذكاة في الاصناف الخمسة التى نص عليها في الآية اذا أدركت حية . المسئلة الثانية فى تأثير الذكاة فى الحيوان المحرم الاكل ، المسئلة الثالثة في تأثير الذكاة في المريضة ، المسئلة الرابعة في هل ذكاة الجنين ذكاة أمه أم لا ، المسئلة الخامسة

هل للجراد ذكاة أم لا ، المسئلة السادسة هل للحيوان الذى يأوى في البر تارة وفي البحر تارة ذكاة أم لا .

(المسئلة الاولى) أما المنخنقة والموقوذة والمتردية والنطيحة وماأكل السبع فانهم اتفقوا فيما أعلم انه اذا لم يبلغ الخنق منها أوالوقذ منها الى حالة لا يرجى فيها ان الذكاة عاملة فيها أعنى انه اذا غلب على الظن انها تعيش وذلك بان لا يصاب لها مقتل واختلفوا اذا غلب على الظن انها من ذلك باصابة مقتل أوغيره فقال قوم تعمل الذكاة فيها وهو مذهب أبى حنيفة والمشهور من قول الشافعى وهو قول الزهرى وابن عباس وقال قوم لا تعمل الذكاة فيها وعن مالك في ذلك الوجهان ولكن الاشهر أنها لا تعمل فى الميؤس منها وبعضهم تأول في المذهب أن الميؤس منها على ضربين ، ميؤسة مشكوك فيها ، وميؤسة مقطوع بموتها وهى المنفوذة المقاتل على اختلاف بينهم أيضا فى المقاتل قال فاما الميؤسة المشكوك فيها ففى المذهب فيها روايتان مشهورتان وأما المنفوذة المقاتل فلا خلاف في المذهب المنقول ان الذكاة لا تعمل فيها وان كان يتخرج فيها الجواز على وجه ضعيف ☆ وسبب اختلافهم اختلافهم في مفهوم قوله تعالى (إلا ماذكيتم) هل هو استثناء متصل فيخرج من الجنس بعض ما يتناوله اللفظ وهو المنخنقة والموقوذة والمتردية والنطيحة وما أكل السبع على عادة الاستثناء المتصل أم هو استثناء منفصل لا تأثير له في الجملة المتقدمة اذ كان هذا أيضا شأن الاستثناء المنقطع في كلام العرب فمن قال انه متصل قال الذكاة تعمل فى هذه الاصناف الخمسة . وأما من قال الاستثناء منفصل فانه قال لاتعمل الذكاة فيها وقد احتج من قال ان الاستثناء متصل باجماعهم على ان الذكاة تعمل فى المرجو منها قال فهذا يدل على ان الاستثناء له تأثير فيها فهو متصل وقد احتج أيضا من رأى انه منفصل بان التحريم لم يتعلق باعيان هذه الاصناف الخمسة وهي حية وإنما يتعلق بها بعد الموت واذا كان ذلك كذلك فالاستثناء منقطع وذلك أن معنى قوله تعالى (حرمت عليكم الميتة) انما هو لحم الميتة وكذلك لحم الموقوذة والمتردية والنطيحة وسائرها أى لحم الميتة بهذه الاسباب سوى التى تموت من تلقاء نفسها وهي التى تسمى ميتة أكثر ذلك في كلام العرب أو بالحقيقة قالوا فلما علم أن المقصود لم يكن تعليق التحريم باعيان هذه وهى حية وانما علق بها بعد الموت لان لحم الحيوان محرم في حال الحياة بدليل اشتراط الذكاة فيها وبدليل قوله عليه الصلاة والسلام ماقطع من البهيمة وهى حية فهو ميتة وجب أن يكون قوله إلا ماذكيتم استثناء منفصلا لكن الحق في ذلك أن كيف ما كان الامر في الاستثناء فواجب أن تكون الذكاة تعمل فيها وذلك انه ان علقنا التحريم بهذه الاصناف في الآية بعد الموت وجب أن تدخل في التذكية من جهة ماهى

حية الاصناف الخمسة وغيرها لانها ما دامت حية مساوية لغيرها لذلك من الحيوان أعنى انها تقبل الحلية من قبل التذكية التى الموت منها هو سبب الحلية وان قلنا ان الاستثناء متصل فلا خفاء بوجوب ذلك ويحتمل أن يقال ان عموم التحريم يمكن أن يفهم منه تناول أعيان هذه الخمسة بعد الموت وقبله كالحال فى الخنزير الذى لا تعمل فيه الذكاة فيكون الاستثناء على هذا رافعا لتحريم أعيانها بالتخصيص على عمل الذكاة فيها واذا كان ذلك كذلك لم يلزم ما اعترض به ذلك المعترض من الاستدلال على كون الاستثناء منفصلا . وأما من فرق بين المنفوذة المقاتل والمشكوك فيها فيحتمل أن يقال ان مذهبه أن الاستثناء منفصل وانه انما جاز تأثير الذكاة فى المرجوة بالاجماع وقاس المشكوكة على المرجوة ويحتمل أن يقال ان الاستثناء متصل ولكن استثناء هذا الصنف من الموقوذة بالقياس وذلك ان الذكاة انما يجب ان تعمل فى حين يقطع انها سبب الموت فاما اذا شك هل كان موجب الموت الذكاة أو الوقذ أو النطح أو سائرها فلا يجب ان تعمل فى ذلك وهذه هى حال المنفوذة المقاتل وله أن يقول ان المنفوذة المقاتل فى حكم الميتة والذكاة من شرطها أن ترفع الحياة الثابتة لا الحياة الذاهبة .

(المسئلة الثانية) وأما هل تعمل الذكاة فى الحيوانات المحرمات الاكل حتى تطهر بذلك جلودها فانهم أيضا اختلفوا فى ذلك فقال مالك الذكاة تعمل فى السباع وغيرها ماعدا الخنزير وبه قال أبو حنيفة الا انه اختلف المذهب فى كون السباع فيه محرمة أو مكروهة على ماسيأتى فى كتاب الاطعمة والاشربة ، وقال الشافعى الذكاة تعمل فى كل حيوان محرم الاكل فيجوز بيع جميع أجزائه والانتفاع بها ماعدا اللحم * وسبب الخلاف هل جميع أجزاء الحيوان تابعة للحم فى الحلية والحرمة أم ليست بتابعة للحم فمن قال انها تابعة للحم قال اذا لم تعمل الذكاة فى اللحم لم تعمل فيما سواه ومن رأى أنها ليست بتابعة قال وان لم تعمل فى اللحم فانها تعمل فى سائر اجزاء الحيوان لان الاصل أنها تعمل فى جميع الاجزاء فاذا ارتفع بالدليل المحرم للحم عملها فى اللحم بقى عملها فى سائر الاجزاء الا ان يدل الدليل على ارتفاعه .

(المسئلة الثالثة) واختلفوا فى تأثير الذكاة فى البهيمة التى أشرفت على الموت من شدة المرض بعد اتفاقهم على عمل الذكاة فى التى لم تشرف على الموت فالجمهور على ان الذكاة تعمل فيها وهو المشهور عن مالك وروى عنه أن الذكاة لا تعمل فيها * وسبب الخلاف معارضة القياس للاثر فاما الاثر فهو ماروى أن أمة لكعب بن مالك كانت ترعى غنما بسلع فاصيبت شاة منها فادركتها فذكتها بحجر فسئل رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال كلوها خرجه البخارى ومسلم . وأما القياس فلان المعلوم من الذكاة انها انما تعمل فى الحى وهذه فى حكم

الميت وكل من أجاز ذبحها فانهم اتفقوا على أنه لاتعمل الذكاة فيها الا اذا كان فيها دليل على الحياة. واختلفوا فيما هو الدليل المعتبر في ذلك فبعضهم اعتبر الحركة وبعضهم لم يعتبرها والاول مذهب أبي هريرة والثاني مذهب زيد بن ثابت وبعضهم اعتبر فيها ثلاث حركات طرف العين وتحريك الذنب والركض بالرجل وهو مذهب سعيد بن المسيب وزيد بن أسلم وهو الذى اختاره محمد بن المواز وبعضهم شرط مع هذه التنفس وهو مذهب ابن حبيب .

(المسألة الرابعة) واختلفوا هل تعمل ذكاة الام في جنينها أم ليس تعمل فيه وانما هو ميتة أعنى اذا خرج منها بعد ذبح الام فذهب جمهور العلماء الى أن ذكاة الام ذكاة لجنينها وبه قال مالك والشافعي، وقال أبو حنيفة ان خرج حياً ذبح وأ كل وان خرج ميتاً فهو ميتة والذين قالوا ان ذكاة الام ذكاة له بعضهم اشترط في ذلك تمام خلقته ونبات شعره وبه قال مالك وبعضهم قال لم يشترط ذلك وبه قال الشافعي * وسبب اختلافهم اختلافهم في صحة الاثر المروى في ذلك من حديث ابى سعيد الخدرى مع مخالفته للاصول وحديث أبى سعيد هو قال سألنا رسول الله صلى الله عليه وسلم عن البقرة أو الناقة أو الشاة ينحرها أحدنا فنجد في بطنها جنينا أنأ كله أم نلقيه فقال: كلوه ان شئتم فان ذكاته ذكاة أمه وخرج مثله الترمذى وأبو داود عن جابر .واختلفوا في تصحيح هذا الاثر فلم يصححه بعضهم وصححه بعضهم وأحد من صححه الترمذى وأما مخالفة الاصل في هذا الباب للاثر فهو ان الجنين اذا كان حيا ثم مات بموت أمه فانما يموت خنقا فهو المنخنقة التى ورد النص بتحريمها والى تحريمه ذهب أبو محمد بن حزم ولم يرض سند الحديث. وأما اختلاف القائلين بحليته في اشتراطهم نبات الشعر فيه أولا اشتراطه * فالسبب فيه معارضة العموم للقياس وذلك أن عموم قوله عليه السلام : ذكاة الجنين ذكاة أمه يقتضى ان لا يقع هنالك تفصيل وكونه محلا للذكاة يقتضى أن يشترط فيه الحياة قياسا على الاشياء التى تعمل فيها التذكية والحياة لا توجد فيه الا اذا نبت شعره وتم خلقه ويعضد هذا القياس ان هذا الشرط مروى عن ابن عمر وعن جماعة من الصحابة وروى معمر عن الزهرى عن عبد الله بن كعب بن مالك قال كان أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم يقولون اذا أشعر الجنين فذكاته ذكاة أمه وروى ابن المبارك عن ابن أبى ليلى قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : ذكاة الجنين ذكاة أمه أشعر أو لم يشعر إلا أن ابن أبى ليلى سيء الحفظ عندهم والقياس يقتضى أن تكون ذكاته في ذكاة أمه من قبل أنه جزء منها واذا كان ذلك كذلك فلا معنى

لاشتراط الحياة فيه فيضعف أن يخصص العموم الوارد في ذلك بالقياس الذى تقدم ذكره عن أصحاب مالك .

(المسئلة الخامسة) واختلفوا في الجراد فقال مالك لا يؤكل من غير ذكاة وذكاته عنده هو أن يقتل إما بقطع رأسه أو بغير ذلك وقال عامة الفقهاء يجوز أكل ميتته وبه قال مطرف وذكاة ما ليس بذى دم عند مالك كذكاة الجراد ✡ وسبب اختلافهم في ميتة الجراد هو هل يتناوله اسم الميتة أم لا في قوله تعالى (حرمت عليكم الميتة) وللخلاف سبب آخر وهو هل هو نثرة حوت أو حيوان برى .

(المسئلة السادسة) واختلفوا في الذى يتصرف في البر والبحر هل يحتاج الى ذكاة أم لا فغلب قوم فيه حكم البر وغلب آخرون حكم البحر واعتبر آخرون حيث يكون عيشه ومتصرفه منهما غالبا .

الباب الثانى فى الذكاة

وفي قواعد هذا الباب مسئلتان المسئلة الاولى في أنواع الذكاة المختصة بصنف صنف من بهيمة الانعام ، الثانية في صفة الذكاة .

(المسئلة الاولى) واتفقوا على أن الذكاة فى بهيمة الانعام نحر وذبح وأن من سنة الغنم والطير الذبح وأن من سنة الابل النحر وأن البقر يجوز فيها الذبح والنحر. واختلفوا هل يجوز النحر فى الغنم والطير والذبح فى الابل فذهب مالك الى انه لا يجوز النحر فى الغنم والطير ولا الذبح فى الابل وذلك فى غير موضع الضرورة ،وقال قوم يجوز جميع ذلك من غير كراهة وبه قال الشافعى وأبو حنيفة والثورى وجماعة العلماء ،وقال أشهب ان نحر ما يذبح أو ذبح ما ينحر أكل ولكنه يكره ، وفرق ابن بكير بين الغنم والابل فقال يؤكل البعير بالذبح ولا تؤكل الشاة بالنحر ولم يختلفوا فى جواز ذلك فى موضع الضرورة ✱ وسبب اختلافهم معارضة الفعل للعموم . فاما العموم فقوله عليه الصلاة والسلام: ما أنهر الدم وذكر اسم الله عليه فكلوا وأما الفعل فانه ثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم : نحر الابل والبقر وذبح الغنم وانما اتفقوا على جواز ذبح البقر لقوله تعالى (ان الله يأمركم ان تذبحوا بقرة) وعلى ذبح الغنم لقوله تعالى فى الكبش (وفديناه بذبح عظيم)

(المسئلة الثانية) وأما صفة الذكاة فانهم اتفقوا على أن الذبح الذى يقطع فيه الودجان والمرىء والحلقوم مبيح للاكل واختلفوا من ذلك فى مواضع، أحدها هل الواجب قطع الاربعة كلها أو بعضها وهل الواجب فى المقطوع منها قطع الكل أو الاكثر او هل من شرط القطع ان لا تقع الجوزة الى جهة البدن بل الى جهة الرأس وهل ان قطعها من جهة العنق جاز أكلها أم لا وهل ان تمادى في قطع هذه حتى قطع النخاع جاز ذلك أم لا وهل من شرط الذكاة ان لا يرفع يده حتى يتم الذكاة أم لا فهذه ست مسائل في عدد المقطوع وفي مقداره وفي موضعه وفي نهاية القطع وفي جهته أعنى من قدام أو خلف وفي صفته.

(أما المسئلة الاولى) فان المشهور عن مالك في ذلك هو قطع الودجين والحلقوم وانه لا يجزى أقل من ذلك وقيل عنه بل الاربعة وقيل بل الودجين فقط ولم يختلف المذهب في ان الشرط في قطع الودجين هو استيفاؤهما. واختلف في قطع الحلقوم على القول بوجوبه فقيل كله وقيل أكثره . وأما أبو حنيفة فقال الواجب في التذكية هو قطع ثلاثة غير معينة من الاربعة اما الحلقوم والودجان وإما المرىء والحلقوم واحد الودجين أو المرىء والودجان ،وقال الشافعي الواجب قطع المرى والحلقوم فقط وقال محمد بن الحسن الواجب قطع أكثر كل واحد من الاربعة * وسبب اختلافهم انه لم يأت في ذلك شرط منقول وانما جاء في ذلك أثران ، أحدهما يقتضى انهار الدم فقط ، والآخر يقتضى قطع الاوداج مع انهار الدم ففى حديث رافع بن خديج انه قال عليه الصلاة والسلام : ماانهر الدم وذكر اسم الله عليه فكل وهو حديث متفق على صحته وروى عن أبى امامة عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال : مافرى الاوداج فكلوا مالم يكن رض ناب أو نحر ظفر فظاهر الحديث الاول يقتضى قطع بعض الاوداج فقط لان انهار الدم يكون بذلك وفي الثانى قطع جميع الاوداج فالحديثان والله أعلم متفقان على قطع الودجين إما أحدهما أو البعض من كليهما أو من واحد منهما ولذلك وجه الجمع بين الحديثين أن يفهم من لام التعريف في قوله عليه الصلاة والسلام مافرى الاوداج البعض لا الكل اذ كانت لام التعريف في كلام العرب قد تدل على البعض . وأما من اشترط قطع الحلقوم أو المرىء فليس له حجة من السماع وأكثر من ذلك من اشترط المرىء والحلقوم دون الودجين ولهذا ذهب قوم الى ان الواجب هو قطع ماوقع الاجماع على جوازه لان الذكاة لما كانت شرطا في التحليل ولم يكن في ذلك نص فيما يجرى وجب ان يكون الواجب في ذلك ماوقع الاجماع على جوازه الا ان يقوم الدليل على جواز الاستثناء من ذلك وهو ضعيف لان ماوقع الاجماع على اجزائه

ليس يلزم ان يكون شرطا في الصحة .

(وأما المسئلة الثالثة) في موضع القطع وهي ان لم يقطع الجوزة في نصفها وخرجت الى جهة البدن فاختلف فيه في المذهب فقال مالك وابن القاسم لا يؤكل وقال اشهب وابن عبد الحكم وابن وهب تؤكل * وسبب الخلاف هل قطع الحلقوم شرط في الذكاة أو ليس بشرط فمن قال انه شرط قال لابد ان تقطع الجوزة لانه اذا قطع فوق الجوزة فقد خرج الحلقوم سليما ومن قال انه ليس بشرط قال ان قطع فوق الجوزة جاز .

(وأما المسئلة الرابعة) وهي ان قطع أعضاء الذكاة عن ناحية العنق فان المذهب لا يختلف انه لا يجوز وهو مذهب سعيد بن المسيب وابن شهاب وغيرهم وأجاز ذلك الشافعي وأبو حنيفة واسحق وأبو ثور وروى ذلك عن ابن عمر وعلي وعمران بن الحصين * وسبب اختلافهم هل تعمل الذكاة في المنفوذة المقاتل أم لا تعمل وذلك ان القاطع لاعضاء الذكاة من القفا لا يصل اليها بالقطع الا بعد قطع النخاع وهو مقتل من المقاتل فترد الذكاة على حيوان قد أصيب مقتله وقد تقدم سبب الخلاف في هذه المسئلة .

(المسئلة الخامسة) وهي أن يتمادى الذابح بالذبح حتى يقطع النخاع فان مالكا كره ذلك اذا تمادى في القطع ولم ينو قطع النخاع من أول الامر لانه ان نوى ذلك فكأنه نوى التذكية على غير الصفة الجائزة وقال مطرف وابن الماجشون لا تؤكل ان قطعها متعمدا دون جهل وتؤكل ان قطعها ساهيا أو جاهلا .

(وأما المسئلة السادسة) وهي هل من شرط الذكاة ان تكون في فور واحد فان المذهب لا يختلف ان ذلك من شرط الذكاة وأنه اذا رفع يده قبل تمام الذبح ثم أعادها وقد تباعد ذلك ان تلك الذكاة لا تجوز واختلفوا اذا أعاد يده بفور ذلك وبالقرب فقال ابن حبيب ان أعاد يده بالفور أكلت وقال سحنون لا تؤكل وقيل ان رفعها لمكان الاختبار هل تمت الذكاة أم لا فاعادها على الفور ان تبين له انها لم تتم أكلت وهو أحد ما تؤول على سحنون وقد تؤول قوله على الكراهة قال أبو الحسن اللخمي ولو قيل عكس هذا لكان أجود أعني أنه اذا رفع يده وهو يظن انه قد أتم الذكاة فتبين له غير ذلك فاعادها انها تؤكل لان الاول وقع عن شك وهذا عن اعتقاد ظنه يقينا وهذا مبني على أن من شرط الذكاة قطع كل أعضاء الذكاة فاذا رفع يده قبل ان تستتم كانت منفوذة المقاتل غير مذكاة فلا تؤثر فيها العودة لانها بمنزلة ذكاة طرأت على المنفوذة المقاتل .

﴿ الباب الثالث فيما تكون به الذكاة ﴾

أجمع العلماء على أن كل ما أنهر الدم وفرى الأوداج من حديد أو صخر أو عود أو قضيب أن التذكية به جائزة واختلفوا في ثلاثة في السن والظفر والعظم فمن الناس من أجاز التذكية بالعظم ومنعها بالسن والظفر والذين منعوها بالسن والظفر منهم من فرق بين ان يكونا منزوعين أولا يكونا منزوعين فاجاز التذكية بهما اذا كانا منزوعين ولم يجزها اذا كانا متصلين ومنهم من قال ان الذكاة بالسن والعظم مكروهة غير ممنوعة ولا خلاف في المذهب أن الذكاة بالعظم جائزة اذا انهر الدم. واختلف في السن والظفر فيه على الاقاويل الثلاثة أعني بالمنع مطلقا والفرق فيهما بين الانفصال والاتصال وبالكراهية لا بالمنع ✡ وسبب اختلافهم اختلافهم في مفهوم النهي الوارد في قوله عليه الصلاة والسلام في حديث رافع بن خديج وفيه قال يارسول الله إنا لاقوا العدو غداً وليس معنا مدى فنذبح بالقصب فقال عليه الصلاة والسلام: ماانهر الدم وذكر اسم الله فكل ليس السن والظفر وسأحدثكم عنه أما السن فعظم. وأما الظفر فمدى الحبشة فمن الناس من فهم منه أن ذلك لمكان أن هذه الاشياء ليس في طبعها ان تنهر الدم غالباً ومنهم من فهم من ذلك انه شرع غير معلل والذين فهموا منه أنه شرع غير معلل منهم من اعتقد أن النهي في ذلك يدل على فساد المنهي عنه ومنهم من اعتقد انه لا يدل على فساد المنهي عنه ومنهم من اعتقد أن النهي في ذلك على وجه الكراهة لا على وجه الحظر فمن فهم أن المعنى في ذلك انه لا ينهر الدم غالباً قال اذا وجد منهما ماينهر الدم جاز ولذلك رأى بعضهم أن يكونا منفصلين اذ كان انهار الدم منهما اذا كانا بهذه الصفة أمكن وهو مذهب أبي حنيفة ومن رأى أن النهي عنهما هو مشروع غير معلل وأنه يدل على فساد المنهي عنه قال ان ذبح بهما لم تقع التذكية وان انهر الدم ومن رأى أنه لا يدل على فساد المنهي عنه قال ان فعل وانهر الدم اثم وحلت الذبيحة ومن رأى أن النهي على وجه الكراهية كره ذلك ولم يحرمه ولا معنى لقول من فرق بين العظم والسن فانه عليه الصلاة والسلام قد علل المنع في السن بانه عظم ولا يختلف المذهب انه يكره غير الحديد من المحدودات مع وجود الحديد لقوله عليه الصلاة والسلام: ان الله كتب الاحسان على كل مسلم فاذا قتلتم فأحسنوا القتلة واذا ذبحتم فأحسنوا الذبحة وليحد أحدكم شفرته وليرح ذبيحته خرجه مسلم.

﴿ الباب الرابع في شروط الذكاة ﴾

وفي هذا الباب ثلاث مسائل، المسئلة الاولى في اشتراط التسمية، الثانية في اشتراط

البسملة ، الثالثة في اشتراط النية .

(المسئلة الاولى) واختلفوا في حكم التسمية على الذبيحة على ثلاثة أقوال، فقيل هي فرض على الاطلاق ، وقيل بل هي فرض مع الذكر ساقطة مع النسيان . وقيل بل هي سنة مؤكدة وبالقول الاول قال اهل الظاهر وابن عمر والشعبي وابن سيرين ، وبالقول الثاني قال مالك وابو حنيفة والثورى ، وبالقول الثالث قال الشافعي واصحابه وهو مروى عن ابن عباس وأبي هريرة * وسبب اختلافهم معارضة ظاهر الكتاب في ذلك للاثر . فاما الكتاب فقوله تعالى « ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه وإنه لفسق » وأما السنة المعارضة لهذه الآية فما رواه مالك عن هشام عن أبيه أنه قال سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم فقيل يارسول الله إن ناساً من البادية يأتوننا بلحمان ولا ندرى اسموا الله عليها أم لا فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : سموا الله عليها ثم كلوها فذهب مالك الى أن الآية ناسخة لهذا الحديث وتأول أن هذا الحديث كان في أول الاسلام ولم ير ذلك الشافعي لان هذا الحديث ظاهره انه كان بالمدينة وآية التسمية مكية فذهب الشافعي لما كان هذا مذهب الجمع بان حمل الامر بالتسمية على الندب . واما من اشترط الذكر في الوجوب فصيراً الى قوله عليه الصلاة والسلام : رفع عن امتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه .

(المسئلة الثانية) وأما استقبال القبلة بالذبيحة فان قوماً استحبوا ذلك وقوماً أجازوا ذلك وقوماً اوجبوه وقوماً كرهوا أن لا يستقبل بها القبلة والكراهية والمنع موجودان في المذهب وهي مسئلة مسكوت عنها والاصل فيها الاباحة الا ان يدل الدليل على اشتراط ذلك وليس في الشرع شيء يصلح ان يكون اصلا تقاس عليه هذه المسئلة الا ان يستعمل فيها قياس مرسل وهو القياس الذى لا يستند الى اصل مخصوص عند من أجازه او قياس شبه بعيد وذلك أن القبلة هي جهة معظمة وهذه عبادة فوجب أن يشترط فيها الجهة لكن هذا ضعيف لانه ليس كل عبادة تشترط فيها الجهة ماعدا الصلاة وقياس الذبح على الصلاة بعيد وكذلك قياسه على استقبال القبلة بالميت .

(المسئلة الثالثة) وأما اشتراط النية فيها فقيل في المذهب بوجوب ذلك ولا اذكر فيها خارج المذهب في هذا الوقت خلافا في ذلك ويشبه ان يكون في ذلك قولان قول بالوجوب وقول بترك الوجوب فمن أوجب قال عبادة لاشتراط الصفة فيها والعدد فوجب ان يكون من شرطها النية ومن لم يوجبها قال فعل معقول يحصل عنه فوات النفس الذى هو المقصود منه فوجب ان لا تشترط فيها النية كما يحصل من غسل النجاسة ازالة عينها .

﴿ الباب الخامس فيمن تجوز تذكيته ومن لا تجوز ﴾

والمذكور في الشرع ثلاثة أصناف ، صنف اتفق على جواز تذكيته ، وصنف اتفق على منع ذكاته ، وصنف اختلف فيه . فاما الصنف الذى اتفق على ذكاته فمن جمع خمسة شروط الاسلام والذكورية والبلوغ والعقل وترك تضيع الصلاة . وأما الذى اتفق على منع تذكيته فالمشركون عبدة الاصنام لقوله تعالى (وماذبح على النصب) ولقوله « وما أهلّ به لغير الله » وأما الذين اختلف فيهم فاصناف كثيرة لكن المشهور منها عشرة: أهل الكتاب والمجوس والصابئون والمرأة والصبى والمجنون والسكران والذى يضيع الصلاة والسارق والغاصب . فاما أهل الكتاب فالعلماء مجمعون على جواز ذبائحهم لقوله تعالى « وطعام الذين أوتوا الكتاب حلٌ لكم وطعامكم حل لهم » ومختلفون في التفصيل فاتفقوا على انهم اذا لم يكونوا من نصارى بنى تغلب ولا مرتدين وذبحوا لانفسهم وعلم أنهم سموا الله تعالى على ذبيحتهم وكانت الذبيحة مما لم تحرم عليهم في التوراة ولا حرموها هم على أنفسهم انه يجوز منها ماعدا الشحم. واختلفوا في مقابلات هذه الشروط أعنى اذا ذبحوا لمسلم باستنابته او كانوا من نصارى بنى تغلب أو مرتدين واذا لم يعلم انهم سموا الله أو جهل مقصود ذبحهم أو علم انهم سموا غير الله مما يذبحونه لكنائسهم وأعيادهم أو كانت الذبيحة مما حرمت عليهم بالتوراة كقوله تعالى (كل ذى ظفر) أو كانت مما حرموها على انفسهم مثل الذبائح التى تكون عند اليهود فاسدة من قبل خلقة إلهية وكذلك اختلفوا في الشحوم فاما اذا ذبحوا باستنابة مسلم فقيل في المذهب عن مالك يجوز وقيل لايجوز ✲ وسبب الاختلاف هل من شرط ذبح المسلم اعتقاد تحليل الذبيحة على الشروط الاسلامية في ذلك أم لا فمن رأى ان النية شرط في الذبيحة قال لاتحل ذبيحة الكتابى لمسلم لانه لايصح منه وجود هذه النية ومن رأى أن ذلك ليس بشرط وغلب عموم الكتاب أعنى قوله تعالى(وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم)قال يجوز وكذلك من اعتقد ان نية المستنيب تجزى وهو أصل قول ابن وهب .

﴿ وأما المسئلة الثانية ﴾ وهي ذبائح نصارى بنى تغلب والمرتدين فان الجمهور على أن ذبائح النصارى من العرب حكمها حكم ذبائح أهل الكتاب وهو قول ابن عباس ومنهم من لم يجز ذبائحهم وهو أحد قولى الشافعى وهو مروى عن على رضى الله عنه ✲ وسبب الخلاف هل يتناول العرب المتنصرين أو المتهودين اسم الذين أوتوا الكتاب كما يتناول ذلك الامم المختصة بالكتاب وهم بنو اسرائيل والروم. واما المرتد فان الجمهور

على أن ذبيحته لاتؤكل وقال اسحاق ذبيحته جائزة وقال الثورى مكروهة ✿ وسبب الخلاف هل المرتد لايتناوله اسم أهل الكتاب إذ كان ليس له حرمة اهل الكتاب او يتناوله .

(واما المسئلة الثالثة) وهي اذا لم يعلم ان أهل الكتاب سموا الله على الذبيحة فقال الجمهور تؤكل وهو مروى عن على ولست أذكر فيه في هذا الوقت خلافا ويتطرق اليه الاحتمال بان يقال ان الاصل هو ان لايؤكل من تذكيتهم الاماكان على شروط الاسلام فاذا قيل على هذا ان التسمية من شرط التذكية وجب ان لاتؤكل ذبائحهم بالشك فى ذلك . واما اذا علم انهم ذبحوا ذلك لاعيادهم أوكنائسهم فان من العلماء من كرهه وهو قول مالك ومنهم من أباحه وهو قول أشهب ومنهم من حرمه وهو الشافعى ✿ وسبب اختلافهم تعارض عمومى الكتاب في هذا الباب وذلك ان قوله تعالى « طعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم » يحتمل أن يكون مخصصا لقوله تعالى « وما أهل به لغير الله » ويحتمل ان يكون قوله تعالى « وما أهل به لغير الله » مخصصا لقوله تعالى (وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم) اذ كان كل واحد منهما يصح ان يستثنى من الآخر فمن جعل قوله تعالى وما أهل به لغير الله مخصصا لقوله تعالى وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم قال لايجوز ما أهل به للكنائس والاعياد ومن عكس الامر قال يجوز . وأما اذا كانت الذبيحة مما حرمت عليهم فقيل يجوز وقيل لايجوز وقيل بالفرق بين ان تكون محرمة عليهم بالتوراة أو من قبل أنفسهم أعنى باباحة ماذبحوا مما حرموا على أنفسهم ومنع ماحرم الله عليهم وقيل يكره ولا يمنع والاقاويل الاربعة موجودة في المذهب المنع عن ابن القاسم والاباحة عن ابن وهب وابن عبد الحكم والتفرقة عن أشهب ✿ وأصل الاختلاف معارضة عموم الآية لاشتراط نية الذكاة أعنى اعتقاد تحليل الذبيحة بالتذكية فمن قال ذلك شرط فى التذكية قال لاتجوز هذه الذبائح لانهم لايعتقدون تحليلها بالتذكية ومن قال ليس بشرط فيها وتمسك بعموم الآية المحللة قال تجوز هذه الذبائح وهذا بعينه هو سبب اختلافهم فى أكل الشحوم من ذبائحهم ولم يخالف فى ذلك أحد غير مالك وأصحابه فمنهم من قال ان الشحوم محرمة وهو قول أشهب ومنهم من قال مكروهة والقولان عن مالك ومنهم من قال مباحة ويدخل في الشحوم سبب آخر من أسباب الخلاف سوى معارضة العموم لاشتراط اعتقاد تحليل الذبيحة بالذكاة وهو هل تتبعض التذكية أولا تتبعض فمن قال تتبعض قال لاتؤكل الشحوم ومن قال لاتتبعض قال يؤكل الشحم ويدل على تحليل شحوم ذبائحهم حديث عبد الله بن مغفل اذ أصاب جراب الشحم يوم خيبر وقد تقدم في كتاب

الجهاد ومن فرق بين ماحرم عليهم من ذلك في أصل شرعهم وبين ماحرموا على أنفسهم قال ماحرم عليهم هو أمر حق فلا تعمل فيه الذكاة وما حرموا على أنفسهم هو أمر باطل فتعمل فيه التذكية (قال القاضى) والحق أن ماحرم عليهم أو حرموا على أنفسهم هو في وقت شريعة الاسلام أمر باطل إذ كانت ناسخة لجميع الشرائع فيجب أن لايراعى اعتقادهم فى ذلك ولا يشترط ايضا ان يكون اعتقادهم في تحليل الذبائح اعتقاد المسلمين ولا اعتقاد شريعتهم لانه لو اشترط ذلك لما جاز أكل ذبائحهم بوجه من الوجوه لكون اعتقاد شريعتهم في ذلك منسوخ واعتقاد شريعتنا لا يصح منهم وإنما هذا حكم خصهم الله تعالى به فذبائحهم والله أعلم جائزة لنا على الاطلاق وإلا ارتفع حكم آية التحليل جملة فتأمل هذا فانه بين والله أعلم. وأما المجوس فان الجمهور على انه لاتجوز ذبائحهم لانهم مشركون وتمسك قوم في اجازتها بعموم قوله عليه الصلاة والسلام : سنوابهم سنة أهل الكتاب . وأما الصابؤن فالاختلاف فيهم من قبل اختلافهم في هل هم من أهل الكتاب أم ليسوا من أهل الكتاب . وأما المرأة والصبي فان الجمهور على ان ذبائحهم جائزة غير مكروهة وهو مذهب مالك وكره ذلك أبو المصعب ☆ والسبب في اختلافهم نقصان المرأة والصبي وإنما لم يختلف الجمهور في المرأة لحديث معاذ بن سعد أن جارية لكعب بن مالك كانت ترعى بسلع فاصيبت شاة فادركتها فذكتها بحجر فسئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقال لابأس بها فكلوها وهو حديث صحيح . وأما المجنون والسكران فان مالكا لم يجز ذبيحتهما وأجاز ذلك الشافعي ☆ وسبب الخلاف اشتراط النية في الذكاة فمن اشترط النية منع ذلك اذ لا يصح من المجنون ولا من السكران وبخاصة الملتخ وأما جواز تذكية السارق والغاصب فان الجمهور على جواز ذلك ومنهم من منع من ذلك ورأى انها ميتة وبه قال داود واسحاق بن راهويه ☆ وسبب اختلافهم هل النهى يدل على فساد المنهى عنه أولا يدل فمن قال يدل قال السارق والغاصب منهى عن ذكاتها وتناولها وتملكها فاذا ذكاها فسدت التذكية ومن قال لايدل الا اذا كان المنهى عنه شرطاً من شروط ذلك الفعل قال تذكيتهم جائزة لانه ليس صحة الملك شرطاً من شروط التذكية وفي موطأ ابن وهب أنه سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عنها فلم ير بها باساً وقد جاء اباحة ذلك مع الكراهية فيما روى عن النبي عليه الصلاة والسلام في الشاة التى ذبحت بغير إذن ربها فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أطعموها الاسارى وهذا القدر كاف في أصول هذا الكتاب والله أعلم.

(كتاب الصيد)

وهذا الكتاب فى أصوله أيضا أربعة أبواب ، الباب الاول في حكم الصيد وفي محل الصيد ، الثاني فيما به يكون الصيد ، الثالث في صفة ذكاة الصيد والشرائط المشترطة في عمل الذكاة في الصيد ، الرابع فيمن يجوز صيده .

(الباب الاول)

فاما حكم الصيد فالجمهور على انه مباح لقوله تعالى (أحل لكم صيد البحر وطعامه متاعا لكم وللسيارة وحرم عليكم صيد البر مادمتم حرماً) ثم قال (واذا حللتم فاصطادوا) واتفق العلماء على ان الامر بالصيد في هذه الآية بعد النهي يدل على الاباحة كما اتفقوا على ذلك في قوله تعالى (فاذا قضيت الصلاة فانتشروا فى الارض وابتغوا من فضل الله) أعنى ان المقصود به الاباحة لوقوع الامر به بعد النهي وان كان اختلفوا هل الامر بعد النهي يقتضي الاباحة أو لا يقتضيه وانما يقتضى على أصله الوجوب وكره مالك الصيد الذى يقصد به السرف وللمتأخرين من أصحابه فيه تفصيل محصول قولهم فيه ان منه ماهو في حق بعض الناس واجب وفي حق بعضهم حرام وفي حق بعضهم مندوب وفي حق بعضهم مكروه وهذا النظر في الشرع تغلغل في القياس وبعد عن الاصول المنطوق بها في الشرع فليس يليق بكتابنا هذا اذ كان قصدنا فيه انما هو ذكر المنطوق به من الشرع أو ما كان قريبا من المنطوق به . وأما محل الصيد فانهم أجمعوا على أن محله من الحيوان البحرى هو السمك وأصنافه ومن الحيوان البرى الحلال الا كل الغير متأنس . واختلفوا فيما استوحش من الحيوان المتأنس فلم يقدر على أخذه ولا ذبحه أو نحره فقال مالك لايؤكل الا أن ينحر من ذلك ماذ كاته النحر ويذبح ماذكاته الذبح أو يفعل به أحدهما ان كان مما يجوز فيه الامران جميعاً وقال أبو حنيفة والشافعي اذا لم يقدر على ذكاة البعير الشارد فانه يقتل كالصيد * وسبب اختلافهم معارضة الاصل في ذلك للخبر وذلك أن الاصل في هذا الباب هو الحيوان الانسى لايؤكل الا بالذبح أو النحر وأن الوحشى يؤكل بالعقر . وأما الخبر المعارض لهذه الاصول فحديث رافع بن خديج وفيه قال وقد ند منها بعير وكان في القوم خيل يسيرة فطلبوه فاعياهم فاهوى اليه رجل بسهم فحبسه الله تعالى به فقال النبي عليه الصلاة والسلام : إن لهذه البهائم أوابد كأوابد الوحش فما ند عليكم فاصنعوا به هكذا والقول بهذا الحديث أولى لصحته لانه لا ينبغى أن يكون هذا مستثنى من ذلك الاصل مع أن لقائل أن يقول انه جار مجرى الاصل فى هذا الباب وذلك أن

العلة في كون العقر ذكاة في بعض الحيوان ليس شيئا أكثر من عدم القدرة عليه لا لانه وحشى فقط فاذا وجد هذا المعنى من الانسى جاز أن تكون ذكاته ذكاة الوحشى فيتفق القياس والسماع ،

(الباب الثانى فيما يكون به الصيد)

والاصل في هذا الباب آيتان وحديثان الآية الاولى قوله تعالى (يا أيها الذى آمنوا ليبلونكم الله بشىء من الصيد تناله أيديكم ورما حكم) . والثانية قوله تعالى (قل أحل لكم الطيبات وما علمتم من الجوارح مكلبين) الآية . وأما الحديثان، فاحدهما حديث عدى بن حاتم وفيه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال له : اذا أرسلت كلابك المعلمة وذكرت اسم الله عليها فكل مما أمسكن عليك وان أكل الكلب فلا تأكل فانى أخاف أن يكون انما أمسك على نفسه وان خالطها كلاب غيرها فلا تأكل فانما سميت على كلبك ولم تسم على غيره وسأله عن المعراض فقال اذا أصاب بعرضه فلا تأكل فانه وقيذ وهذا الحديث هو أصل في أكثر ما في هذا الكتاب . والحديث الثانى حديث أبى ثعلبة الخشنى وفيه من قوله عليه الصلاة والسلام : ما أصبت بقوسك فسم الله ثم كل وما صدت بكلبك المعلم فاذكر اسم الله ثم كل ما صدت بكلبك الذى ليس بمعلم وأدركت ذكاته فكل وهذان الحديثان اتفق أهل الصحيح على اخراجهما . والآلات التى يصاد بها منها ما اتفقوا عليها بالجملة ومنها ما اختلفوا فيها وفي صفاتها وهي ثلاث حيوان جارح . ومحدد . ومثقل . فاما المحدد فاتفقوا عليه كالرماح والسيوف والسهام للنص عليها في الكتاب والسنة وكذا ما جرى مجراها مما يعقر ما عدى الاشياء التى اختلفوا في عملها في ذكاة الحيوان الانسى وهي السن والظفر والعظم وقد تقدم اختلافهم في ذلك فلا معنى لاعادته . وأما المثقل فاختلفوا في الصيد به مثل الصيد بالمعراض والحجر فمن العلماء من لم يجز من ذلك الا ما أدركت ذكاته ومنهم من أجازه على الاطلاق ومنهم من فرق بين ما قتله المعراض أو الحجر بثقله أو بحده اذا خرق جسد الصيد فاجازه اذا خرق ولم يجزه اذا لم يخرق وبهذا القول قال مشاهير فقهاء الامصار الشافعى ومالك وأبو حنيفة وأحمد والثورى وغيرهم وهو راجع الى أنه لا ذكاة الا بمحدد * وسبب اختلافهم معارضة الاصول في هذا الباب بعضها بعضا ومعارضة الاثر لها وذلك ان من الاصول فى هذا الباب ان الوقيذ محرم بالكتاب والاجماع ومن أصوله ان العقر ذكاة الصيد فمن رأى ان ماقتل المعراض وقيذ منعه على الاطلاق ومن رآه عقرا مختصا

بالصيد وأن الوقذ غير معتبر فيه أجازه على الاطلاق ومن فرق بين ماخرق من ذلك أو لم يخرق قصيرا الى حديث عدى بن حاتم المتقدم وهوالصواب وأماالحيوان الجارح فالاتفاق والاختلاف فيه منه متعلق بالنوع والشرط ومنه مايتعلق بالشرط ؛ فاما النوع الذى اتفقوا عليه فهو الكلاب ماعدا الكلب الاسود فانه كرهه قوممنهم الحسن البصرى كابراهيم النخعى وقتادة وقال أحمد ماأعرف أحدا يرخص فيه اذا كان بهيما وبه قال اسحاق . وأما الجمهور فعلى اجازة صيده اذا كان معلما * وسبب اختلافهم معارضة القياس للعموم وذلك ان عموم قوله تعالى « وما علمتم من الجوارح مكلبين » يقتضى تسوية جميع الكلاب فى ذلك وأمره عليه الصلاة والسلام بقتل الكلب الاسود البهيم يقتضى فى ذلك القياس ان لا يجوز اصطياده على رأى من رأى ان النهى يدل على فساد المنهى عنه . وأما الذى اختلفوا فيه من أنواع الجوارح فيما عدا الكلب ومن جوارح الطيور وحيواناتها الساعية فنهم من أجاز جميعها اذا علمت حتى السنور كما قال ابن شعبان وهو مذهب مالك وأصحابه وبه قال فقهاء الامصار وهو مروى عن ابن عباس أعنى أن ما قبل التعليم من جميع الجوارح فهو آلة لذكاة الصيد وقال قوم لا اصطياد بجارح ما عدا الكلب لا باز ولا صقر ولا غير ذلك الا ما أدركت ذكاته وهو قول مجاهد واستثنى بعضهم من الطيور الجارحة البازى فقط فقال يجوز صيده وحده * وسبب اختلافهم فى هذا الباب شيئان ؛ أحدهما قياس سائر الجوارح على الكلاب وذلك انه قد يظن أن النص انما ورد فى الكلاب أعنى قوله تعالى (وما علمتم من الجوارح مكلبين) الا أن يتأول ان لفظة مكلبين مشتقة من كلب الجارح لا من لفظ الكلب ويدل على هذا عموم اسم الجوارح الذى فى الآية فعلى هذا يكون سبب الاختلاف الاشتراك الذى فى لفظة مكلبين والسبب الثانى هو من شرط الامساك الامساك على صاحبه أم لا وان كان من شرطه فهل يوجد فى غير الكلب أو لا يوجد فمن قال لا يقاس سائر الجوارح على الكلاب وأن لفظة مكلبين هى مشتقة من اسم الكلب لا من اسم الكلب أو انه لا يوجد الامساك الا فى الكلب أعنى على صاحبه وأن ذلك شرط قال لا يصاد بجارح سوى الكلب ومن قاس على الكلب سائر الجوارح ولم يشترط فى الامساك الامساك على صاحبه قال يجوز صيد سائر الجوارح اذا قبلت التعليم . وأما من استثنى من ذلك البازى فقط فصيراً الى ماروى عن عدى بن حاتم أنه قال سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم عن صيد البازى فقال : ماأمسك عليك فكل خرجه الترمذى فهذه هى أسباب اتفاقهم واختلافهم فى أنواع الجوارح . وأما الشروط المشترطة فى

الجوارح فان منها ما اتفقوا عليه وهو التعليم بالجملة لقوله تعالى «وما علمتم من الجوارح مكلبين» وقوله عليه الصلاة والسلام: اذا أرسلت كلبك المعلم واختلفوا في صفة التعليم وشروطه فقال قوم التعليم ثلاثة أصناف. أحدها أن تدعو الجارح فيجيب والثانى أن تشليه فينشلى. والثالث أن ترجره فيزدجر ولا خلاف بينهم في اشتراط هذه الثلاثة في الكلب وانما اختلفوا في اشتراط الانزجار في سائر الجوارح واختلفوا أيضاً فى هل من شرطه أن لا يأ كل الجارح فنهم من اشترطه على الاطلاق ومنهم من اشترطه في الكلب فقط وقول مالك ان هذه الشروط الثلاثة شرط في الكلاب وغيرها وقال ابن حبيب من أصحابه ليس يشترط الانزجار فيما ليس يقبل ذلك من الجوارح مثل البزاة والصقور وهو مذهب مالك أعنى انه ليس من شرط الجارح لا كلب ولا غيره أن لا يا كل واشترطه بعضهم فى الكلب ولم يشترطه فيما عداه من جوارح الطيور ومنهم من اشترطه كما قلنا فى الكل والجمهور على جواز أ كل صيد البازى والصقر وان أ كل لان تضريته انما تكون بالاكل فالخلاف فى هذا الباب راجع الى موضعين. أحدهما هل من شرط التعليم أن ينزجر اذا زجر. والثانى هل من شرطه ألا يأكل ✡ وسبب الخلاف في اشتراط الاكل أو عدمه شيئان، أحدها اختلاف الآثار في ذلك. والثانى هل اذا أكل فهو ممسك أم لا فاما الاثار فنها حديث عدى بن حاتم المتقدم وفيه فان أ كل فلا تأكل فانى أخاف أن يكون انما أمسك على نفسه والحديث المعارض لهذا حديث أبى ثعلبة الخشنى قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا أرسلت كلبك المعلم وذكرت اسم الله فكل قلت وان أكل منه يارسول الله قال وان أكل فمن جمع بين الحديثين بان حمل حديث عدى بن حاتم على الندب وهذا على الجواز قال ليس من شرطه ألا يأكل ومن رجح حديث عدى بن حاتم اذ هو متفق عليه وحديث أبى ثعلبة مختلف فيه ولذلك لم يخرجه الشيخان البخارى ومسلم وقال من شرط الامساك أن لا يأ كل بدليل الحديث المذكور قال ان أكل الصيد لم يؤكل وبه قال الشافعى وأبو حنيفة وأحمد واسحاق والثورى وهو قول ابن عباس ورخص فى أكل ما أكل الكلب كما قال مالك وسعيد بن مالك وابن عمر وسليمان وقالت المالكية المتأخرة انه ليس الاكل بدليل على انه لم يمسك لسيده ولا الامساك لسيده بشرط في الذكاة لان نية الكلب غير معلومة وقد يمسك لسيده ثم يبدو له فيمسك لنفسه وهذا الذى قالوه خلاف النص فى الحديث وخلاف ظاهر الكتاب وهو قوله تعالى «فكلوا مما أمسكن عليكم» وللامساك على سيد الكلب طريق تعرف به وهو العادة ولذلك قال عليه الصلاة والسلام فان أ كل فلا تأ كل فانى أخاف أن يكون انما أمسك على نفسه. وأما اختلافهم في الازدجار

قياس له سبب الا اختلافهم فى قياس سائر الجوارح فى ذلك على الكلب لان الكلب الذى لايزدجر لايسمى معلما باتفاق فاما سائر الجوارح اذا لم تنزجر هل تسمى معلمة أم لا ففيه التردد وهو سبب الخلاف .

الباب الثالث

(فى معرفة الذكاة وشروطها) المختصة بالصيد

واتفقوا على أن الذكاة المختصة بالصيد هي العقر . واختلفوا فى شروطها اختلافا كثيرا واذا اعتبرت أصولها التى هي أسباب الاختلاف سوى الشروط المشترطة فى الآلة وفى الصائد وجدتها ثمانية شروط اثنان يشتركان فى الذكاتين أعنى ذكاة المصيد وغير المصيد وهي النية والتسمية وستة تختص بهذه الذكاة . أحدها انها لم تكن الآلة أو الجارح الذى صاب الصيد قد انفذ مقاتله فانه يجب ان يذكى بذكاة الحيوان الانسى اذا قدر عليه قبل ان يموت مما اصابه من الجارح أو من الضرب وأما ان كان قد انفذ مقاتله فليس يجب ذلك وان كان قد يستحب ، والثانى ان يكون الفعل الذى أصيب به الصيد مبدأه من الصائد لا من غيره أعنى لا من الآلة كالحال فى الحبالة ولا من الجارح كالحال فيما يصيب الكلب الذى ينشلى من ذاته ، والثالث أن لا يشاركه فى العقر من ليس عقره ذكاة ، والرابع أن لا يشك فى عين الصيد الذى أصابه وذلك عند غيبته عن عينه ؛ والخامس أن لا يكون الصيد مقدورا عليه فى وقت الارسال عليه ؛ والسادس أن لا يكون موته من رعب من الجارح أو بصدمة منه فهذه هي أصول الشروط التى من قبل اشتراطها أو لا اشتراطها عرض الخلاف بين الفقهاء وربما اتفقوا على وجوب بعض هذه الشروط ويختلفون فى وجودها فى نازلة نازلة كاتفاق المالكية على ان من شرط الفعل ان يكون مبدؤه من الصائد واختلافهم اذا أفلت الجارح من يده أو خرج بنفسه ثم أغراه هل يجوز ذلك الصيد أم لا لتردد هذه الحال بين ان يوجد لها هذا الشرط أو لان يوجد كاتفاق أبى حنيفة ومالك على أن من شرطه اذا أدرك غير منفوذ المقاتل ان يذكى اذا قدر عليه قبل أن يموت واختلافهم بين أن يتخلصه حيا فيموت فى يده قبل أن يتمكن من ذكاته فان أبا حنيفة منع هذا وأجازه مالك ورآه مثل الاول أعنى اذا لم يقدر على تخليصه من الجارح حتى مات لتردد هذه الحال بين أن يقال ادركه غير منفوذ المقاتل وفى غير يد الجارح فاشبه المفرط أو لم يشبهه فلم يقع منه تفريط واذا كانت هذه الشروط هى أصول الشروط المشترطه فى الصيد مع سائر الشروط المذكورة فى الآلة والصائد نفسه على ماسيأتى يجب أن يذكر منها ما اتفقوا منه عليه وما اختلفوا

فيه واسباب الخلاف في ذلك وما يتفرع عنها من مشهور مسائلهم فنقول. اما التسم
والنية فقد تقدم الخلاف فيهما وسببه فى كتاب الذبائح ومن قبل اشتراط النية فى الذ
لم يجز عند من اشتراطها اذا أرسل الجارح على صيد وأخذ آخر ذكاة ذلك الصيد الذ
يرسل عليه وبه قال مالك وقال الشافعي وأبو حنيفه وأحمد وأبو ثور ذلك جائز ويؤكل و
قبل هذا أيضا اختلف اصحاب مالك في الارسال على صيد غير مرئى كالذى يرسل على
فى غيضة اومن وراء أكمة ولا يدرى هل هنالك شيء ام لا لان القصد فى هذا يشوبه شيء
الجهل واما الشرط الاول الخاص بذكاة الصيد من الشروط الستة التى ذكرناها وهو ان
الجارح له اذا لم ينفذ مقاتله انما يكون ذكاة اذا لم يدركه المرسل حيا فباشتراطه قال جم
العلماء لما جاء في حديث عدى بن حاتم في بعض رواياته أنه قال عليه الصـ
والسلام : وان أدركته حيا فاذبحه وكان النخعى يقول اذا أدركته حيا ولم ي
معك حديدة فارسل عليه الكلاب حتى تقتله وبه قال الحسن البصرى مص
بعموم قوله تعالى (فكلوا مما أمسكن عليكم) ومن قبل هذا الشرط قال ما
لا يتوانى المرسل في طلب الصيد فان توانى فادركه ميتا فان كان منفوذ المقا
بسهم حل أكله والا لم يحل من أجل أنه لو لم يتوان لكان يمكن أن يدركه
غير منفوذ المقاتل واما الشرط الثاني وهو أن يكون الفعل مبدؤه من القانه
ويكون متصلا حتى يصيب الصيد فمن قبل اختلافهم فيه اختلفوا فيما تصيبه الحب
والشبكة اذا أنفذت المقاتل بحدده فيها فمنع ذلك مالك والشافعي والجمهور ورخه
فيه الحسن البصرى ومن هذا الاصل لم يجز مالك الصيد الذى أرس
عليه الجارح فتشاغل بشيء آخر ثم عاد اليه من قبل نفسه . وأما الشرط الثا
وهو ان لا يشاركه في العقر من ليس عقره ذكاة له فهو شرط مجمع عليه فيما أذ
لانه لا يدرى من قتله . وأما الشرط الرابع وهو أن لا يشك في عين الصيد ولا فى قت
جارحه له فمن قبل ذلك اختلفوا في أكل الصيد اذا غاب مصرعه فقال مالك مرة لا بأ
بأكل الصيد اذا غاب عنك مصرعه اذا وجدت به اثرا من كلبك أو كان به سهمك مالم يبت فا
بات فاني أكرهه وبالكراهية قال الثورى وقال عبد الوهاب اذا بات الصيد من الجار
لم يؤكل وفى السهم خلاف وقال ابن الماجشون يؤكل فيهما جميعا اذا وجد منفو
المقاتل وقال مالك فى المدونة لا يؤكل فيهما جميعا اذا بات وان وجد منفوذ المقاتا
وقال الشافعي القياس أن لا تاكله اذا غاب عنك مصرعه وقال ابو حنيفة اذا توارى الصي
والكلب في طلبه فوجده المرسل مقتولا جاز أكله مالم يترك الكلب الطلب فان تركه كره
اكله * وسبب اختلافهم شيئان اثنان الشك العارض في عين الصيد اوفي ذكاته * والسبب

الثـانى اختلاف الآثار فى هـذا الباب فروى مسلم والنسائى والترمذى وأبو داود عن أبى ثعلبة عن النبى عليه الصلاة والسلام فى الذى يدرك صيده بعدثلاث فقال : كل مالم ينتن وروى مسلم عن أبى ثعلبة أيضا عن النبى عليه الصلاة والسلام قال : اذا رميت سهمك فغاب عنك مصرعه فكل مالم يبت وفى حديث عدى بن حاتم انه قال عليه الصلاة والسلام : اذا وجدت سهمك فيه ولم تجد فيه أثر سبع وعلمت ان سهمك قتله فكل ومن هذا الباب اختلافهم فى الصيد يصاب بالسهم أو يصيبه الجارح فيسقط فى ماء أو يتردى من مكان عال فقال مالك لا يؤكل لانه لا يدرى من أى الامرين مات الا أن يكون السهم قد أنفذ مقاتله ولا يشك ان منه مات وبه قال الجمهور وقال أبو حنيفة لا يؤكل ان وقع فى ماء منفوذ المقاتل ويؤكل ان تردى وقال عطاء لا يؤكل أصلا أذا أصيبت المقاتل وقع فى ماء وتردى من موضع عال لامكان ان يكون زهوق نفسه من قبل التردى أو من الماء قبل زهوقها من قبل انفاذ المقاتل . واما موته من صدم الجارح له فان ابن القاسم منعه قياسا على المثقل وأجازه أشهب لعموم قوله تعالى « فكلوا مما أمسكن عليكم » ولم يختلف المذهب انه ان مات من خوف الجارح انه غير ذكى . واما كونه فى حين الارسال غير مقدور عليه فانه شرط فيما علمت متفق عليه وذلك يوجد اذا كان الصيد مقدوراً على أخذه باليد دون خوف أو غرر أما من قبل انه قد نشب فى شىء أو تعلق بشىء أو رماه أحد فكسر جناحه أو ساقه وفى هذ الباب فروع كثيرة من قبل تردد بعض الاحوال بين ان يوصف فيها الصيد بأنه مقدور عليه أو غير مقدور عليه مثل ان تضطره الكلاب فيقع فى حفرة فقيل فى المذهب يؤكل وقيل لا يؤكل . واختلفوا فى صفة العقر اذا ضرب الصيد فابين منه عضو فقال قوم يؤكل الصيد دون ما بان منه وقال قوم يؤكلان جميعا وفرق قوم بين ان يكون ذلك العضو مقتلا أو غير مقتل فقالوا ان كان مقتلا أكلا جميعا وان كان غير مقتل أكل الصيد ولم يؤكل العضو وهو معنى قول مالك والى هـذا يرجع خلافهم فى أن يكون القطع بنصفين أو يكون أحدهما أكبر من الثانى * وسبب اختلافهم معارضة قوله عليه الصـلاة والسلام : ماقطع من البهيمة وهي حية فهو ميتة لعموم قوله تعـالى (فكلوا مما أمسكن عليكم) ولعموم قوله تعالى (تناله أيديكم ورماحكم) فمن غلب حكم الصيد وهو العقر مطلقا قال يؤكل الصيـد والعضو المقطوع من الصيد وحمل الحديث على الانسى ومن حمله على الوحشى والانسى معاً واستثنى من ذلك العموم بالحديث العضو المقطوع فقال يؤكل الصيد دون العضو البائن ومن اعتبر فى ذلك الحياة المستقرة أعنى قوله وهى حية فرق بين أن يكون العضو مقتلا أو غير مقتل .

(الباب الرابع)

﴿ في شروط القانص ﴾

وشروط القانص هي شروط الذابح نفسه وقد تقدم ذلك في كتاب الذبائح المتفق عليها والمختلف فيها ويخص الاصطياد في البر شرط زائد وهو ان لايكون محرما ولا خلاف في ذلك لقوله تعالى «وحرم عليكم صيد البر مادمتم حرما» فان اصطاد محرم فهل يحل ذلك الصيد للحلال أم هو ميتة لايحل لاحد أصلا اختلف فيه الفقهاء فذهب مالك الى انه ميتة وذهب الشافعى وأبو حنيفة وأبو ثور الى انه يجوز المحرم أكله * وسبب اختلافهم هو الاصل المشهور وهو هل النهى يعود بفساد المنهى أم لا وذلك بمنزلة ذبح السارق والغاصب واختلفوا من هذا الباب في كلب المجوسى المعلم فقال مالك الاصطياد به جائز فان المعتبر الصائد لا الآلة وبه قال الشافعى وأبو حنيفة وغيرهم وكرهه جابر بن عبد الله والحسن وعطاء ومجاهد والثورى لان الخطاب في قوله تعالى (وماعلمتم من الجوارح مكلبين) متوجه نحو المؤمنين وهذا كاف بحسب المقصود من هذا الكتاب والله الموفق للصواب *

﴿ كتاب العقيقة ﴾

والقول المحيط بأصول هذا الكتاب ينحصر فى ستة أبواب * الاول في معرفة حكمها * والثانى في معرفة محلها * الثالث في معرفة من يعق عنه وكم يعق * الرابع في معرفة وقت هذا النسك * الخامس سن هذا النسك وصفته * السادس حكم لحمها وسائر أجزائها . فأما حكمها فذهبت طائفة منهم الظاهرية الى أنها واجبة وذهب الجمهور الى انها سنة وذهب أبو حنيفة الى أنها ليست فرضاً ولا سنة وقد قيل ان تحصيل مذهبه انها عنده تطوع * وسبب اختلافهم تعارض مفهوم الآثار في هذا الباب وذلك أن ظاهر حديث سمرة وهو قول النبي عليه الصلاة والسلام قال: كل غلام مرتهن بعقيقته تذبح عنه يوم سابعه ويماط عنه الاذى يقتضى الوجوب وظاهر قوله عليه الصلاة والسلام وقد سئل عن العقيقة فقال لا أحب العقوق ومن ولد له ولد فاحب أن ينسك عن ولده فليفعل يقتضى الندب أو الاباحة فمن فهم منه الندب أو الاباحة

قال العقيقة سنة ومن فهم الاباحة قال ليست بسنة ولا فرض وخرج الحديثين أبوداود ومن أخذ بحديث سمرة أو جبها . وأما محلها فان جمهور العلماء على انه لايجوز فى العقيقة الا ما يجوز في الضحايا من الازواج الثمانية . وأما مالك فاختار فيها الضأن على مذهبه في الضحايا واختلف قوله هل يجزى فيها الابل والبقر أو لا يجزى وسائر الفقهاء على أصلهم أن الابل أفضل من البقر والبقر أفضل من الغنم * وسبب اختلافهم تعارض الآثار في هذا الباب والقياس اما الاثر فحديث ابن عباس ان رسول الله صلى الله عليه وسلم : عق عن الحسن والحسين كبشاً كبشاً وقوله عن الجارية شاة وعن الغلام شاتان خرجهما أبو داود . وأما القياس فلانها نسك فوجب أن يكون الاعظم فيها أفضل قياسا على الهدايا . وأما من يعق عنه فان جمهورهم على انه يعق عن الذكر والانثى الصغيرين فقط وشذ الحسن فقال لا يعق عن الجارية وأجاز بعضهم أن يعق عن الكبير ودليل الجمهور على تعلقها بالصغير قوله عليه الصلاة والسلام يوم سابعه ودليل من خالف ماروى عن أنس ان النبي عليه الصلاة والسلام: عق عن نفسه بعد ما بعث بالنبوة ودليلهم أيضا على تعلقها بالانثى قوله عليه الصلاة والسلام : عن الجارية شاة وعن الغلام شاتان ودليل من اقتصر بها على الذكر قوله عليه الصلاة والسلام : كل غلام مرتهن بعقيقته . وأماالعدد فان الفقهاء اختلفوا أيضا في ذلك فقال مالك يعق عن الذكر والانثى بشاة شاة وقال الشافعى وأبو ثور وداود وأحمد يعق عن الجارية شاة وعن الغلام شاتان * وسبب اختلافهم اختلاف الآثار في هذا الباب فمنها حديث أم كرز الكعبية خرجه أبو داود وقال سمعت رسول صلى الله صلى الله عليه وسلم يقول : في العقيقة عن الغلام شاتان مكافأتان وعن الجارية شاة والمكافأتان المتماثلتان وهذا يقتضى الفرق في ذلك بين الذكر والانثى وماروى انه عق عن الحسن والحسين كبشا كبشا يقتضى الاستواء بينهما . وأما وقت هذا النسك فان جمهور العلماء على انه يوم سابع المولود ومالك لايعد في الاسبوع اليوم الذى ولد فيه ان ولد نهاراً وعبد الملك وابن الماجشون يحتسب به وقال ابن القاسم في العتبية ان عق ليلا لم يجزه واختلف أصحاب مالك في مبدأ وقت الاجزاء فقيل وقت الضحايا أعنى ضحى وقيل بعد الفجر قياسا على قول مالك في الهدايا ولا شك أن من جاز الضحايا ليلا أجاز هذه ليلا وقد قيل يجوز في السابع الثانى والثالث . وأما سن هذا النسك وصفته فسن الضحايا وصفتها الجائزة أعنى انه يتقى فيها من العيوب ما يتقى فى الضحايه ولا أعلم فى هذا خلافا في المذهب ولا خارجا منه . وأما حكم لحمها وجلدها وسائر أجزائها فحكم لحم الضحايا في الاكل والصدقة ومنع البيع . وجميع العلماء على

انه كان يدمى رأس الطفل في الجاهلية بدمها وانه نسخ في الاسلام وذلك لحديث بريدة الاسلمي قال كنا في الجاهلية اذا ولد لاحدنا غلام ذبح له شاة ولطخ رأسه بدمها فلما جاء الاسلام كنا نذبح ونحلق رأسه ونلطخه بزعفران وشذ الحسن وقتادة فقالا يمس رأس الصبي بقطنة قد غمست في الدم واستحب كسر عظامها لما كانوا في الجاهلية يقطعونها من المفاصل.واختلف في حلاق رأس المولود يوم السابع والصدقة بوزن شعره فضة فقيل هو مستحب وقيل هو غير مستحب والقولان عن مالك والاستحباب أجودوهو قول ابن حبيب لما رواه مالك في الموطأ ان فاطمة بنت رسول الله صلى الله عليه وسلم حلقت شعر الحسن والحسين وزينب وأم كلثوم وتصدقت بزنة ذلك فضة .

(كتاب الاطعمة والاشربة)

والكلام .في أصول هذا الكتاب يتعلق بجملتين ، الجملة الاولى نذكر فيها المحرمات في حال الاختيار ، الجملة الثانية نذكرفيهاأحوالها في حال الاضطرار .

(الجملة الاولى) والاغذية الانسانية نبات وحيوان . فاما الحيوان الذى يتغذى به فمنه حلال في الشرع ومنه حرام وهذا منه برى ومنه بحرى والمحرمة منها ما تكون محرمة لعينها ومنها ما تكون لسبب وارد عليها وكل هذه منها ما اتفقوا عليه ومنها ما اختلفوا فيه . فاما المحرمة لسبب وارد عليها فهى بالجملة تسعة الميتة والمنخنقة والموقوذة والمتردية والنطيحة وما أكل السبع وكل ما نقصه شرط من شروط التذكية من الحيوان الذى التذكية شرط في أكله والجلالة والطعام الحلال يخالطه نجس . فاما الميتة فاتفق العلماء على تحريم ميتة البر واختلفوا في ميتة البحر على ثلاثة أقوال،فقال قوم هي حلال باطلاق،وقال قوم هي حرام باطلاق. وقال قوم ماطفا من السمك حرام وماجزر عنه البحر فهو حلال * وسبب اختلافهم تعارض الآثار في هذا الباب ومعارضة عموم الكتاب لبعضها معارضة كلية وموافقته لبعضها موافقة جزئية ومعارضة بعضها لبعض معارضة جزئية فاما العموم فهو قوله تعالى (حرمت عليكم الميتة) وأما الآثار المعارضة لهذا العموم معارضة كلية فحديثان الواحد متفق عليه والآخر مختلف فيه . أما المتفق عليه فحديث جابر وفيه أن أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم وجدوا حوتاً يسمى العنبر

أو دابة قد جزر عنه البحر فأكلوا منه بضعة وعشرين يوما أو شهرا ثم قدموا على رسول الله صلى الله عليه وسلم فأخبروه فقال هل معكم من لحمه شيء فأرسلوا منه الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فأكله وهذا انما يعارض الكتاب معارضة كلية بمفهومه لا بلفظه ، وأما الحديث الثانى المختلف فيه فما رواه مالك عن أبى هريرة أنه سئل عن ماء البحر فقال هو الطهور ماؤه الحل ميتته. وأما الحديث الموافق للعموم موافقة جزئية فما روى اسماعيل بن أمية عن أبى الزبير عن جابر عن النبى عليه الصلاة والسلام قال ما القى البحر أو جزر عنه فكلوه وما طفا فلا تأكلوه وهو حديث أضعف عندهم من حديث مالك ✲ وسبب ضعف حديث مالك أن في رواته من لا يعرف وانه ورد من طريق واحد قال ابو عمر ابن عبد البر بل رواته معروفون وقد ورد من طرق وسبب ضعف حديث جابر ان الثقات أوقفوه على جابر فمن رجح حديث جابر هذا على حديث أبى هريرة لشهادة عموم الكتاب له لم يستثن من ذلك الا ما جزر عنه البحر اذ لم يرد في ذلك تعارض ومن رجح حديث أبى هريرة قال بالاباحة مطلقا . وأما من قال بالمنع مطلقا فمصيرا الى ترجيح عموم الكتاب وبالاباحة مطلقا قال مالك والشافعى وبالمنع مطلقا قال أبو حنيفة وقال قوم غير هؤلاء بالفرق . وأما الخمسة التى ذكر الله مع الميتة فلا خلاف أن حكمها عندهم حكم الميتة . وأما الجلالة وهى التى تأكل النجاسة فاختلفوا في أكلها ✲ وسبب اختلافهم معارضة القياس للاثر أما الاثر فما روى أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن لحوم الجلالة والبانها خرجه أبو داود عن ابن عمر. وأما القياس المعارض لهذا فهو أن ما يرد جوف الحيوان ينقلب الى لحم ذلك الحيوان وسائر أجزائه فاذا قلنا ان لحم ذلك الحيوان حلال وجب أن يكون لما ينقلب من ذلك حكم ما ينقلب اليه وهو اللحم كما لو انقلب ترابا أو كانقلاب الدم لحما والشافعى يحرم الجلالة ومالك يكرهها . وأما النجاسة تخالط الحلال فالاصل فيه الحديث المشهور من حديث أبى هريرة وميمونة أنه سئل عليه الصلاة والسلام عن الفارة تقع في السمن فقال ان كان جامدا فاطرحوها وما حولها وكلوا الباقى وان كان ذائبا فاريقوه أولا تقربوه والعلماء في النجاسة تخالط المطعومات الحلال مذهبان ، أحدهما من يعتبر في التحريم المخالطة فقط وان لم يتغير الطعام لون ولا رائحة ولا طعم من قبل النجاسة التى خالطته وهو المشهور والذى عليه الجمهور ، والثانى مذهب من يعتبر فى ذلك التغير وهو قول أهل الظاهر ورواية عن مالك ✲ وسبب اختلافهم اختلافهم في مفهوم الحديث وذلك أن منهم من جعله من باب الخاص أريد به الخاص وهم أهل الظاهر فقالوا هذا الحديث يمر على ظاهره وسائر الاشياء يعتبر فيها تغيرها

بالنجاسة أولا تغيرها بها ومنهم من حمله من باب الخاص أريد به العام وهم الجمهور فقالوا المفهوم منه ان بنفس مخالطة النجس ينجس الحلال الا انه لم يتمال لهم الفرق بين أن يكون جامداً أو ذائباً لوجود المخالطة في هاتين الحالتين وان كانت في احدى الحالتين أكثر أعنى في حالة الذوبان ويجب على هذا أن يفرق بين المخالطة القليلة والكثيرة فلما لم يفرقوا بينهما فكأنهم أقتصروا من بعض الحديث على ظاهره ومن بعضه على القياس عليه ولذلك أفرته الظاهرية كله على ظاهره . وأما المحرمات لعينها فمنها مااتفقوا أيضاً عليه ومنها مااختلفوا فيه فأما المتفق منها عليه فاتفق المسلمون منها على اثنين لحم الخنزير والدم فاما الخنزير فاتفقوا على تحريم شحمه ولحمه وجلده واختلفوا في الانتفاع بشعره وفي طهارة جلده مدبوغا وغير مدبوغ وقد تقدم ذلك في كتاب الطهارة . وأما الدم فاتفقوا على تحريم المسفوح منه من الحيوان المذكى واختلفوا في غير المسفوح منه . وكذلك اختلفوا في دم الحوت فمنهم من رآه نجساً ومنهم من لم يره نجساً والاختلاف في هذا كله موجود في مذهب مالك وخارجا عنه ☆ وسبب اختلافهم في غير المسفوح معارضة الاطلاق للتقييد وذلك ان قوله تعالى « حرمت عليكم الميتة والدم » يقتضى تحريم مسفوح الدم وغيره وقوله تعالى « أودماً مسفوحاً » يقتضى بحسب دليل الخطاب تحريم المسفوح فقط فمن رد المطلق الى المقيد اشترط في التحريم السفح ومن رأى ان الاطلاق يقتضى حكما زائداً على التقييد وان معارضة المقيد للمطلق انما هو من باب دليل الخطاب والمطلق عام والعام أقوى من دليل الخطاب قضى بالمطلق على المقيد وقال يحرم قليل الدم وكثيره والسفح المشترط في حرمية الدم انما هو من دم الحيوان المذكى أعنى انه الذى يسيل عن التذكية من الحيوان الحلال الاكل . وأما كل دم يسيل من الحيوان الحى فقليله وكثيره حرام وكذلك الدم من الحيوان المحرم الاكل وان ذكى قليله وكثيره حرام ولا خلاف في هذا * وأما سبب اختلافهم في دم الحوت فمعارضة العموم للقياس أما العموم فقوله تعالى والدم . وأما القياس فما يمكن أن يتوهم من كون الدم تابعاً فى التحريم لميتة الحيوان أعنى ان ماحرم ميتته حرم دمه وماحل ميتته حل دمه ولذلك رأى مالك ان مالادم له فليس بميتة (قال القاضى) وقد تكلمنا في هذه المسئلة فى كتاب الطهارة ويذكر الفقهاء حديثاً فى هذا مخصصا لعموم الدم وهو قوله عليه الصلاة والسلام : أحلت لنا ميتتان ودمان وهذا الحديث في غالب ظنى ليس هو في الكتب المشهورة من كتب الحديث . وأما المحرمات لعينها المختلف فيها فاربعة ، أحدها لحوم السباع من الطير ومن ذوات الاربع ، والثانى ذوات الحافر الانسية ، والثالث لحوم الحيوان المامور بقتله في

الجرم: الرابع لحوم الحيوانات التى تعافها النفوس وتستخبثها بالطبع وحكى أبو حامد عن الشافعى أنه يحرم لحم الحيوان المنهى عن أكله قال كالخطاف وزعم والنحل فيكون هـذا جنساً خامساً من المختلف فيه .

﴿ فاما المسئلة الاولى ﴾ وهي السباع ذوات الاربع فروى ابن القاسم عن مالك انها مكروهة وعلى هذا القول عول جمهور أصحابه وهو المنصور عنـدهم وذكر مالك في الموطأ مادليله انها عنـده محرمة وذلك أنه قال بعقب حديث أبى هريرة عن النبي عليـه الصلاة والسلام انه قال : أكل كل ذى ناب من السباع حرام وعلى ذلك الأمر عندنا والى تحريمها ذهب الشافعى واشهب وأصحاب مالك وأبو حنيفة الا أنهم اختلفوا في جنس السباع المحرمة فقال أبو حنيفة كل ماأكل اللحم فهو سبع حتى الفيل والضبع واليربوع عنـده من السباع وكذلك السنور وقال الشافعى يؤكل الضبع والثعلب وانما السباع المحرمة التى تعدو على الناس كالاسـد والنمر والذئب وكلا القولين فى المذهب وجمهورهم على ان القرد لايؤكل ولا ينتفع به وعند الشافعى أيضاً أن الـكلب حرام لاينتفع به لانه فهم من النهى عن سؤره نجاسة عينه * وسبب اختلافهم في تحريم لحوم السباع من ذوات الاربع معارضة الكتاب للآثار وذلك ان ظاهر قوله « قـل لاأجد فيما أوحى الى محرما على طاعم يطعمه » الآية أن ماعدا المذكور في هذه الآية حلال وظاهر حديث أبى ثعلبة الخشنى أنه قال : نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن أكل كل ذى ناب من السبـاع ان السباع محرمـة هكـذا رواه البخارى ومسـلم . وأما مالك فمـا رواه في هـذا المعنى من طريق أبى هريرة هو ابين فى المعارضـة وهو ان رسول الله صـلى الله عليـه وسلم قال : أكل كل ذى ناب من السباع حرام وذلك ان الحـديث الاول قـد يمكن الجمع بينه وبين الآية بان يحمل النهى المذكور فيه على الكراهية. وأما حديث ابى هريرة فليس يمكن الجمع بينه وبين الآية الاأن يعتقد انه ناسخ للآية عند من رأى ان الزيادة نسخ وان القرآن ينسخ بالسنة المتواترة فمن جمع بين حديث ابى ثعلبة والآية حمل حديث لحوم السباع على الكراهية ومن رأى ان حديث ابى هريرة يتضمن زيادة على مافى الآية حرم لحوم السباع ومن اعتقد ان الضبع والثعلب محرمان فاستـدلا لابعموم لفظ السـباع ومن خصص من ذلك العادية فصيراً لمـاروى عبد الرحمن بن عمـار قال سألت جابر بن عبد الله عن الضبع آكلها قال نعم قلت أصيد هي قال نعم قلت فأنت سمعت ذلك من رسول الله صلى الله عليه وسلم قال نعم وهـذا الحديث وان كان انفرد به عبد الرحمن فهو ثقة عند جمـاعة أئمة الحديث ولمـا ثبت من اقراره عليه الصلاة والسلام على أكل

الضب بين يديه وأما سباع الطير فالجمهور على انها حلال لمكان الآية المتكررة وحرمها قوم لما جاء في حديث ابن عباس أنه قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن أكل كل ذى ناب من السباع وكل مخلب من الطير الا ان هذا الحديث لم يخرجه الشيخان وانما ذكره أبو داود.

(المسئلة الثانية) وهي اختلافهم في ذوات الحافر الانسى أعنى الخيل والبغال والحمير فان جمهور العلماء على تحريم لحوم الحمر الانسية الا ماروى عن ابن عباس وعائشة انهما كانا يبيحانها وعن مالك انه كان يكرهها ورواية ثانية مثل قول الجمهور وكذلك الجمهور على تحريم البغال وقوم كرهوها ولم يحرموها وهو مروى عن مالك . وأما الخيل فذهب مالك وأبو حنيفة وجماعة الى أنها محرمة وذهب الشافعي وأبو يوسف ومحمد وجماعة الى اباحتها ✻ والسبب في اختلافهم في الحمر الانسية معارضة الآية المذكورة للاحاديث الثابتة في ذلك من حديث جابر وغيره قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم خيبر عن لحوم الحمر الاهلية واذن فى لحوم الخيل فمن جمع بين الآية وهذا الحديث حملها على الكراهية ومن رأى النسخ قال بتحريم الحمر أوقال بالزيادة دون ان يوجب عنده نسخا وقد احتج من لم ير تحريمها بما روى عن أبى اسحق الشيبانى عن ابن أبىأوفي قال أصبنا حمرا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم بخيبر وطبخناها فنادى منادى رسول الله صلى الله عليه وسلم ان اكفئوا القدور بما فيها قال ابن اسحق فذكرت ذلك لسعيد بن جبير فقال انما نهى عنها لانها كانت تأكل الجلة . وأما اختلافهم في البغال فسببه معارضة دليل الخطاب في قوله تعالى « والخيل والبغال والحمير لتركبوها وزينة » وقوله مع ذلك في الانعام لتركبوا منها ومنها تأكلون للآية الحاصرة للمحرمات لانه يدل مفهوم الخطاب فيها ان المباح في البغال انما هو الركوب مع قياس البغل أيضا على الحمار ✻ وأما سبب اختلافهم فى الخيل فمعارضة دليل الخطاب فى هذه الآية لحديث جابر ومعارضة قياس الفرس على البغل والحمار له لكن اباحة لحم الخيل نص في حديث جابر فلا ينبغى ان يعارض بقياس ولا بدليل خطاب .

(وأما المسئلة الثالثة) وهى اختلافهم في الحيوان المامور بقتله فى الحرم وهى الخمس المنصوص عليها الغراب والحدأة والعقرب والفأرة والكلب العقور فان قوما فهموا من الامر بالقتل لها مع النهى عن قتل البهائم المباحة الاكل أن العلة فى ذلك هو كونها محرمة وهو مذهب الشافعي، وقوما فهموا من ذلك معنى التعدى لا معنى التحريم وهو مذهب مالك وأبى حنيفة وجمهور أصحابهما . وأما الجنس الرابع وهو الذى

تستخبثه النفوس كالحشرات والضفادع والسراطانات والسلحفات ومافي معناها فان الشافعي حرمها وأباحها الغير ومنهم من كرهها فقط * وسبب اختلافهم اختلافهم في مفهوم ماينطلق عليه اسم الخبائث في قوله تعالى « ويحرم عليهم الخبائث » فمن رأى انها المحرمات بنص الشرع لم يحرم من ذلك ماتستخبثه النفوس مما لم يرد فيه نص ومن رأى ان الخبائث هي ماتستخبثه النفوس قال هي محرمة . وأما ماحكاه أبو حامد عن الشافعي في تحريمه الحيوان المنهى عن قتلها كالخطاف وزعم النحل فاني لست أدرى أين وقعت الآثار الواردة في ذلك ولعلها في غير الكتب المشهورة عندنا . وأما الحيوان البحرى فان العلماء أجمعوا على تحليل مالم يكن منه موافقا بالاسم لحيوان في البر محرم فقال مالك لابأس بأكل جميع حيوان البحر الا انه كره خنزير الماء وقال أنتم تسمونه خنزيراً وبه قال ابن أبي ليلى والازاعى ومجاهد وجمهور العلماء الا ان منهم من يشترط في غير السمك التذكية وقد تقدم ذلك وقال الليث بن سعد أما انسان الماء وخنزير الماء فلا يؤكلان على شيء من الحالات * وسبب اختلافهم هو هل يتناول لغة أو شرعا اسم الخنزير والانسان خنزير الماء وانسانه وعلى هذا يجب ان يتطرق الكلام الى كل حيوان في البحر مشارك بالاسم في اللغة أو في العرف لحيوان محرم في البر مثل الكلب عند من يرى تحريمه والنظر في هذه المسئلة يرجع الى أمرين ، أحدهما هل هذه الاسماء لغوية ، والثاني هل للاسم المشترك عموم أم ليس له فان انسان الماء وخنزيره يقالان مع خنزير البر وانسانه باشتراك الاسم فمن سلم أن هذه الاسماء لغوية ورأى أن للاسم المشترك عموما لزمه ان يقول بتحريمها ولذلك توقف مالك في ذلك وقال أنتم تسمونه خنزيرا فهذه حال الحيوان المحرم الاكل في الشرع والحيوان المباح الاكل . وأما النبات الذى هو غذاء فكله حلال الا الخمر وسائر الانبذة المتخذة من العصارات التي تتخمر ومن العسل نفسه . أما الخمر فانهم اتفقوا على تحريم قليلها وكثيرها أعنى التي هي من عصير العنب وأما الانبذة فانهم اختلفوا في القليل منها الذى لايسكر . وأجمعوا على أن السكر منها حرام فقال جمهور فقهاء الحجاز وجمهور المحدثين قليل الانبذة وكثيرها المسكرة حرام وقال العراقيون ابراهيم النخعي من التابعين وسفيان الثورى وابن أبي ليلى وشريك وابن شبرمة وأبو حنيفة وسائر فقهاء الكوفيين وأكثر علماء البصريين أن المحرم من سائر الانبذة المسكرة هو السكر نفسه لا العين * وسبب اختلافهم تعارض الآثار والاقيسة في هذا الباب فللحجازيين في تثبيت مذهبهم طريقتان ، الطريقة الاولى الآثار الواردة في ذلك ، والطريقة الثانية تسمية الانبذة بأجمعها خمرا فمن أشهر الآثار التي لاتمسك بها أهل

الحجاز مارواه مالك عن ابن شهاب عن أبى سلمة بن عبـد الرحمن عن عائشة انها قالت سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن البتع وعن نبيذ العسل فقال كل شراب سكر فهو حرام خرجه البخارى وقال يحيى بن معين هذا أصح حديث روى عن النبى عليه الصلاة والسلام في تحريم المسكر ومنها أيضا ماخرجه مسـلم عن ابن عمر أن النبى عليه الصلاة والسلام قال : كل مسكر خمر وكل خمر حرام فهذان حديثان صحيحان أما الاول فاتفق الكل عليه . وأما الثانى فانفرد بتصحيحه مسلم وخرج الترمذى وأبو داود والنسائى عن جابر بن عبد الله أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ماأسكر كثيره فقليله حرام وهو نص في موضع الخلاف . وأما الاستدلال الثانى من أن الانبذة كلها تسمى خمرا فلهم فى ذلك طريقتان ، أحداهما من جهة اثبات الاسماء بطريق الاشتقاق والثانى من جهة السماع . فاما التى من جهة الاشتقاق فانهم قالوا انه معلوم عنـد أهل اللغة أن الخمر انما سميت خمراً لمخامرتها العقل فوجب ان تنطلق اسم الخمر لغة على كل ما خامر العقل وهذه الطريقة من اثبات الاسماء فيها اختلاف بين الاصوليين وهي غير مرضية عند الخراسانيين . وأما الطريقة الثانية التى من جهة السماع فانهم قالوا انه وان لم يسـلم لنا ان الانبذة تسمى فى اللغة خمراً فانها تسمى خمراً شرعا واحتجوا في ذلك بحديث ابن عمر المتقدم وبمـا روى عن أبى هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسـلم قال الخمر من هاتين الشجرتين النخلة والعنبة وما روى أيضا عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسـلم قال: ان من العنب خمراً وان من العسل خمراً ومن الزبيب خمراً ومن الحنطة خمراً وأنا انهاكم عن كل مسكر فهذه هي عمدة الحجازيين في تحريم الانبذة . وأما الكوفيون فانهم تمسكوا لمذهبهم بظاهر قوله تعـالى (ومن ثمرات النخيل والاعناب تتخذون منه سكراً ورزقا حسـناً) وبآثار رووها في هذا الباب وبالقياس المعنوى . أما احتجاجهم بالآية فانهم قالوا السكر هو المسكر ولو كان محرم العين لماسماه الله رزقا حسنا : وأما الآثار التى اعتمدوها في هذا الباب فمن أشهرها عندهم حديث أبى عون الثقفى عن عبد الله بن شداد عن ابن عباس عن النبى عليه الصلاة والسلام قال: حرمت الخمر لعينها والسكر من غيرها قالوا وهذا نص لا يحتمل التأويل وضعفه أهل الحجاز لان بعض رواته روى والمسكر من غيرها ومنها حديث شريك عن سماك ابن حرب باسناده عن أبى بردة بن دينار قال قال رسول الله صـلى الله عليه وسلم : انى كنت نهيتكم عن الشراب في الاوعية فاشربو فيما بدا لكم ولا تسكروا اخرجها الطحاوى ورووا عن ابن مسعود انه قال شهدت تحريم النبيذ كما شهدتم ثم شهدت

تحليله فحفظت ونسيتم ورووا عن أبى موسى قال بعثنى رسول الله صلى الله عليه وسلم أنا ومعاذاً الى اليمن فقلنا يارسول الله ان بها شرابين يصنعان من الشعير ، أحدهما يقال له المزر ، والآخر يقال له البتع فما نشرب فقال عليه الصلاة والسلام اشربا ولاتسكرا خرجه الطحاوى أيضا الى غيرذلك من الآثار التى ذكروها في هذا الباب . وأما احتجاجهم من جهة النظر فانهم قالوا قد نص القرآن أن علة التحريم في الخمر انما هي الصد عن ذكر الله ووقوع العداوة والبغضاء كما قال تعالى (إنما يريد الشيطان ان يوقع بينكم العداوة والبغضاء فى الخمر والميسر ويصدكم عن ذكر الله وعن الصلاة) وهذه العلة توجد في القدر المسكر لا فيمادون ذلك فوجب ان يكون ذلك القدر هو الحرام إلا ما انعقد عليه الاجماع من تحريم قليل الخمر وكثيرها قالوا وهذا النوع من القياس يلحق بالنص وهو القياس الذى ينبه الشرع على العلة فيه وقال المتأخرون من أهل النظر حجة الحجازيين من طريق السمع أقوى وحجة العراقيين من طريق القياس أظهر واذا كان هذا كما قالوا فيرجع الخلاف الى اختلافهم في تغليب الاثر على القياس أو تغليب القياس على الاثر اذا تعارضا وهى مسئلة مختلف فيها لكن الحق أن الاثر اذا كان نصا ثابتا فالواجب أن يغلب على القياس . وأما اذا كان ظاهر اللفظ محتملا للتأويل فهنا يتردد النظر هل يجمع بينهما بأن يتأول اللفظ أو يغلب ظاهر اللفظ على مقتضى القياس وذلك مختلف بحسب قوة لفظ من الالفاظ الظاهرة وقوة قياس من القياسات التى تقابلها ولا يدرك الفرق بينهما الا بالذوق العقلى كما يدرك الموزون من الكلام من غير الموزون وربما كان الذوقان على التساوى ولذلك كثر الاختلاف في هذا النوع حتى قال كثير من الناس كل مجتهد مصيب (قال القاضى) والذى يظهر لى والله أعلم أن قوله عليه الصلاة والسلام كل مسكر حرام وان كان يحتمل أن يراد به القدر المسكر لا الجنس المسكر فان ظهوره في تعليق التحريم بالجنس أغلب على الظن من تعليقه بالقدر لمكان معارضة ذلك القياس له على ما تأوله الكوفيون فانه لايبعد أن يحرم الشارع قليل المسكر وكثيره سداً للذريعة وتغليظا مع أن الضرر انما يوجد في الكثير وقد ثبت من حال الشرع بالاجماع أنه اعتبر في الخمر الجنس دون القدر فوجب كل ماوجدت فيه علة الخمر ان يلحق بالخمر وان يكون على من زعم وجود الفرق اقامة الدليل على ذلك هذا ان لم يسلموا لنا صحة قوله عليه الصلاة والسلام : ماأسكر كثيره فقليله حرام فانهم ان سلموه لم يجدوا عنه انفكاكا فانه نص في موضع الخلاف ولا يصح ان تعارض النصوص بالمقاييس وأيضا فان الشرع قد اخبران في الخمر مضرة ومنفعة فقال تعالى « قل فيهما إثم كبير

ومنافع للناس » وكان القياس اذا قصد الجمع بين انتفاء المضرة ووجود المنفعة ان يحرم كثيرها ويحلل قليلها فلما غلب الشرع حكم المضرة على المنفعة فى الخمر ومنع القليل منها والكثير وجب أن يكون الامر كذلك في كل مايوجد فيه علة تحريم الخمر إلا ان يثبت فى ذلك فارق شرعى واتفقوا على أن الانتباذ حلال مالم تحدث فيه الشدة المطربة الخمرية لقوله عليه الصلاة والسلام: فانتبذوا وكل مسكر حرام ولما ثبت عنه عليه الصلاة والسلام انه كان ينتبذ وأنه كان يريقه في اليوم الثانى أو الثالث واختلفوا من ذلك في مسئلتين ، إحدهما في الاوانى التى ينتبذ فيها ، والثانية فى انتباذ شيئين مثل البسر والرطب والتمر والزبيب .

(فاما المسئلة الاولى) فانهم أجمعوا على جواز الانتباذ في الاسقية واختلفوا فيما سواها فروى ابن القاسم عن مالك انه كره الانتباذ في الدباء والمزفت ولم يكره غير ذلك وكره الثورى الانتباذ في الدباء والحنتم والنقير والمزفت وقال أبو حنيفة وأصحابه لا بأس بالانتباذ في جميع الظروف والاوانى * وسبب اختلافهم اختلاف الآثار في هذا الباب وذلك أنه ورد من طريق ابن عباس النهى عن الانتباذ في الاربع التى كرهها الثورى وهو حديث ثابت وروى مالك عن ابن عمر فى الموطأ أن النبي عليه الصلاة والسلام : نهى عن الانتباذ في الدباء والمزفت وجاء في حديث جابر عن النبي عليه الصلاة والسلام من طريق شريك عن سماك انه قال كنت نهيتكم أن تنبذوا في الدباء والحنتم والنقير والمزفت فانتبذوا ولا أحل مسكرا وحديث أبى سعيد الخدرى الذى رواه مالك فى الموطأ وهو أنه عليه الصلاة والسلام قال : كنت نهيتكم عن الانتباذ فانتبذوا وكل مسكر حرام فمن رأى أن النهى المتقدم الذى نسخ انما كان نهيا عن الانتباذ في هذه الاوانى اذا لم يعلم ههنا نهى متقدم غير ذلك قال يجوز الانتباذ في كل شيء ومن قال ان النهى المتقدم الذى نسخ انما كان نهيا عن الانتباذ مطلقا قال بقى النهى عن الانتباذ في هذه الاوانى فمن اعتمد في ذلك حديث ابن عمر قال بالآيتين المذكورتين فيه ومن اعتمد فى ذلك حديث ابن عباس قال بالاربعة لانه يتضمن مزيدا والمعارضة بينه وبين حديث ابن عمر انما هى من باب دليل الخطاب وفي كتاب مسلم النهى عن الانتباذ في الحنتم وفيه أنه رخص لهم فيه إذا كان غير مزفت .

(وأما المسئلة الثانية) وهي انتباذ الخليطين فان الجمهور قالوا بتحريم الخليطين من الاشياء التى من شأنها أن تقبل الانتباذ وقال قوم بل الانتباذ مكروه وقاله قوم هو مباح وقال قوم كل خليطين فهما حرام وان لم يكونا مما يقبلان الانتباذ فيما

احسب الآن ✡ والسبب في اختلافهم ترددهم في هل النهي الوارد في ذلك هو على الكراهة أو على الحظر واذا قلنا انه على الحظر فهل يدل على فساد المنهي عنه ام لا وذلك انه ثبت عنه عليه الصلاة والسلام انه نهى عن أن يخلط التمر والزبيب الزهو والرطب والبسر والزبيب وفي بعضها انه قال عليه الصلاة و السلام لاتنبذوا الزهو والزبيب جميعاً ولا التمر والزبيب جميعاً وانتبذوا كل واحد منهما على حدة فيخرج في ذلك بحسب التأويل الاقاويل الثلاثة، قول بتحريمه ،وقول بتحليله مع الاثم في الانتباذ ، وقول بكراهية ذلك . وأما من قال انه مباح فلعله اعتمد في ذلك عموم الاثر بالانتباذ في حديث أبي سعيد الخدري. واما من منع كل خليطين فاما ان يكون ذهب الى ان علة المنع هو الاختلاط لاما يحدث عن الاختلاط من الشدة في النبيذ واما أن يكون قد تمسك بعموم ماورد انه نهى عن الخليطين. وأجمعوا على أن الخمر اذا تخللت من ذاتها جاز أكلها واختلفوا اذا قصد تخليلها على ثلاثة أقوال التحريم والكراهية والاباحة ✡ وسبب اختلافهم معارضة القياس للاثر واختلافهم في مفهوم الاثر وذلك أن أبا داود خرج من حديث أنس بن مالك ن أبا طلحة سأل النبي عليه السلام عن أيتام ورثوا خمراً فقال : أهرقها قال أفلا أجعلها خلا قال لا فن فهم من المنع سد ذريعة حمل ذلك على الكراهية ومن فهم النهي لغير علة قال بالتحريم ويخرج على هذا أن لا تحريم أيضا على مذهب من يرى أن النهي لا يعود بفساد المنهي والقياس المعارض لحمل الخل على التحريم انه قد علم من ضرورة الشرع ان الاحكام المختلفة انما هي للذوات المختلفة وأن الخمر غيرذات الخل والخل باجماع حلال فاذا انتقلت ذات الخمر الى ذات الخل اوجب أن يكون حلالا كيف ما انتقل .

(الجملة الثانية في استعمال المحرمات في حال الاضطرار) والاصل في هذا الباب قوله تعالى (وقد فصل لكم ماحرم عليكم الا ما اضطررتم اليه) والنظر في هذا الباب في السبب المحلل وفي جنس الشيء المحلل وفي مقداره فاما السبب فهو ضرورة التغذي أعني اذا لم يجد شيئا حلالا يتغذى به وهو لاخلاف فيه ✡ وأما السبب الثاني طلب البرء وهذا المختلف فيه فمن أجازه احتج باباحة النبي عليه الصلاة والسلام الحرير لعبد الرحمن بن عوف لمكان حكة به ومن منعه فلقوله عليه الصلاة والسلام ان : الله لم يجعل شفاء أمتي فيما حرم عليها وأما جنس الشيء المستباح فهو كل شيء محرم مثل الميتة وغيرها والاختلاف في الخمر عندهم هو من قبل التداوي بها لامن قبل استعمالها في التغذي ولذلك أجازوا للعطشان أن يشربها ان كان منها ري وللشرق أن يزيل شرقه بها . وأما مقدار مايؤكل من الميتة وغيرها فان مالكا قال حد ذلك الشبع والتزود منها حتى يجد غيرها وقال الشافعي وأبو حنيفة

لايأكل منها الا ما يمسك الرمق وبه قال بعض أصحاب مالك ✡ وسبب الاختلاف هل المباح له في حال الاضطرار هو جميعها أم ما يمسك الرمق فقط والظاهر انه جميعها لقوله تعالى (فمن اضطر غير باغ ولا عاد) واتفق مالك والشافعي على انه لا يحل للمضطر أكل الميتة اذا كان عاصيا بسفره لقوله تعالى (غير باغ ولاعاد) وذهب غيره الى جواز ذلك .

﴿ تم الجزء الاول ويليه الجزء الثانى وأوله كتاب النكاح ﴾



فهرست
الجزء الاول

(من كتاب)

بداية المجتهد ونهاية المقتصد

(للامام ابن رشد)

صحيفة

صحيفة

صحيفة

صحيفة

صحفة

صحيفة

صحيفة

صحيفة

صحيفة

صحيفه

صحيفة

صحيفة

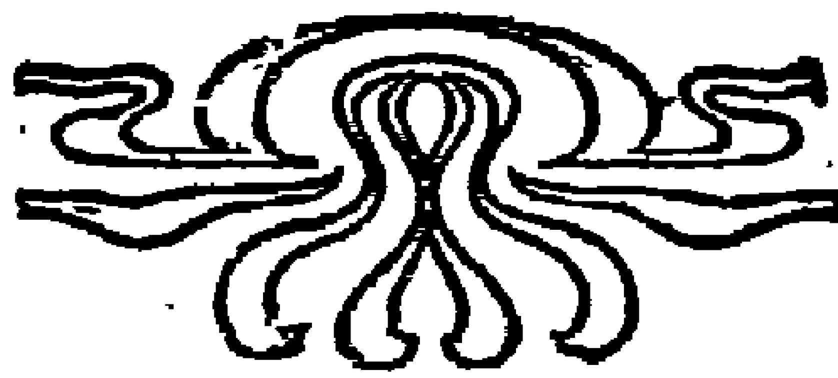
صحيفة

صحيفة

صحيفة

صحيفة

(تمت)



الجزء الثانى

من

بداية المجتهد ونهاية المقتصد

للامام الفقيه الفيلسوف الاصولي القاضى أبي الوليد محمد
ابن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الاندلسى
الشهير ﴿ بابن رشد الحفيد ﴾ المتوفى
سنة ٥٩٥ هجرية رحمه
الله تعالى

الطبعة الاولى

على نفقة شركة المطبوعات العربية

طبعت على النسخة المولوية بعد ان تفضل بقراءتها صاحب الفضيلة الاستاذ
الشيخ محمد شاكر وكيل مشيخة الازهر على النسخة الخطية
المحفوظة بدار كتب سعادة أحمد بك تيمور

ادارة شركة المطبوعات العربية بقربباب البحر
بميدان محطة مصر

بسم الله الرحمن الرحيم

﴿ وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم ﴾

﴿ كتاب النكاح ﴾

وأصول هذا الكتاب تنحصر في خمسة أبواب ، الباب الاول في مقدمات النكاح ، الباب الثاني في موجبات صحة النكاح ، الباب الثالث في موجبات الخيار في النكاح ؛ الباب الرابع في حقوق الزوجية ؛ الباب الخامس في الانكحة المنهى عنها والفاسدة .

﴿ الباب الاول ﴾

وفي هذا الباب أربع مسائل في حكم النكاح وفي حكم خطبة النكاح وفي الخطبة على الخطبة وفى النظر الى المخطوبة قبل التزويج . فاما حكم النكاح . فقال قوم هو مندوب اليه وهم الجمهور . وقال أهل الظاهر هو واجب . وقالت المتأخرة من المالكية هو في حق بعض الناس واجب وفي حق بعضهم مندوب اليه وفي حق بعضهم مباح وذلك عندهم بحسب ما يخاف على نفسه من العنت * وسبب اختلافهم هل تحمل صيغة الامر به في قوله تعالى (فانكحوا ما طاب لكم من النساء) وفى قوله عليه الصلاة والسلام : تناكحوا فانى مكاثر بكم الامم وما أشبه ذلك من الاخبار الواردة في ذلك على الوجوب أم على الندب أم على الاباحة . فاما من قال انه فى حق بعض الناس واجب وفي حق بعضهم مندوب اليه وفي حق بعضهم مباح فهو التفات الى المصلحة وهذا النوع من القياس هو الذى يسمى المرسل وهو الذى ليس له أصل معين يستند اليه وقد انكره كثير من العلماء والظاهر من مذهب مالك القول به .

(وأما خطبة النكاح) المروية عن النبي صلى الله عليه وسلم فقال الجمهور أنها ليست واجبة وقال داود هي واجبة ووافقه من الشافعية أبو عوانة وترجم في صحيحه «باب وجوب الخطبة عند العقد» ✡ وسبب الخلاف هل يحمل فعله في ذلك عليه الصلاة والسلام على الوجوب أو على الندب . فاما الخطبة على الخطبة فان النهي في ذلك ثابت عن النبي عليه الصلاة والسلام . واختلفوا هل يدل ذلك على فساد المنهي عنه أو لا يدل وان كان يدل فعلى أي حالة يدل فقال داود يفسخ . وقال الشافعي وأبو حنيفة لا يفسخ وعن مالك القولان جميعا ، وثالث وهو أنه يفسخ قبل الدخول ولا يفسخ بعده . وقال ابن القاسم انما منع النهي اذا خطب رجل صالح على خطبة رجل صالح . وأما ان كان الاول غير صالح والثاني صالح جاز . وأما الوقت عند الاكثر فهو اذا ركن بعضهم الى بعض لا في أول الخطبة بدليل حديث فاطمة بنت قيس حيث جاءت الى النبي صلى الله عليه وسلم فذكرت له أن أباجهم بن حذيفة ومعاوية بن أبي سفيان خطباها فقال : أما أبو جهم فرجل لا يرفع عصاه عن النساء . وأما معاوية فصعلوك لا مال له ولكن انكحي أسامة . وأما النظر الى المرأة عند الخطبة فاجاز ذلك مالك الى الوجه والكفين فقط وأجاز ذلك غيره الى جميع البدن عدا السوءتين ومنع ذلك قوم على الاطلاق وأجاز أبو حنيفة النظر الى القدمين مع الوجه والكفين ✡ والسبب في اختلافهم انه ورد الامر بالنظر اليهن مطلقا وورد بالمنع مطلقا وورد مقيداً أعني بالوجه والكفين على ما قاله كثير من العلماء في قوله تعالى « ولا يبدين زينتهن الا ما ظهر منها » انه الوجه والكفان وقياساً على جواز كشفها في الحج عند الاكثر ومن منع تمسك بالاصل وهو تحريم النظر الى النساء.

(الباب الثاني في موجبات صحة النكاح)

وهذا الباب ينقسم الى ثلاثة أركان ، الركن الاول في معرفة كيفية هذا العقد ، الركن الثاني في معرفة محل هذا العقد ، الثالث في معرفة شروط هذا العقد.

(الركن الاول) في الكيفية والنظر في هذا الركن في مواضع في كيفية الاذن المنعقد به ومن المعتبر رضاه في لزوم هذا العقد وهل يجوز عقده على الخيار أم لا يجوز وهل ان تراخى القبول من أحد المتعاقدين لزم ذلك العقد أم من شرط ذلك الفور .

(الموضع الاول) الاذن في النكاح على ضربين فهو واقع في حق الرجال والثيب من النساء بالالفظ وهو في حق الابكار المستأذنات واقع بالسكوت أعني الرضا . وأما الرد فباللفظ ولا خلاف في هذه الجملة الاما حكي عن أصحاب الشافعي ان إذن البكر اذا كان المنكح غير أب

ولا جد بالنطق وانما صار الجمهور الى أن اذنها بالصمت للثابت من قوله عليه الصلاة والسلام : الايم أحق بنفسها من وليها والبكر تستأمر في نفسها واذنها صماتها واتفقوا على انعقاد النكاح بلفظ النكاح ممن اذنه اللفظ و كذلك بلفظ التزويج . واختلفوا في انعقاده بلفظ الهبة ، أو بلفظ البيع أو بلفظ الصدقة فاجازه قوم وبه قال مالك وأبو حنيفة ، وقال الشافعى لا ينعقد الا بلفظ النكاح أو التزويج ☆ وسبب اختلافهم هل هو عقد يعتبر فيه مع النية اللفظ الخاص به أم ليس من صحته اعتبار اللفظ فمن ألحقه بالعقود التى يعتبر فيها الامران قال لا نكاح منعقد الا بلفظ النكاح أو التزويج ومن قال إن اللفظ ليس من شرطه اعتبارا بما ليس من شرطه اللفظ أجاز النكاح باى لفظ اتفق اذا فهم المعنى الشرعى من ذلك أعنى انه اذا كان بينه وبين المعنى الشرعى مشاركة .

(الموضع الثانى) وأما من المعتبر قبوله في صحة هذا العقد فانه يوجد في الشرع على ضربين ، أحدهما يعتبر فيه رضا المتناكحين أنفسهما أعنى الزوج والزوجة إما مع الولى وإما دونه على مذهب من لا يشترط الولى في رضا المرأة المالكة أمر نفسها ، والثانى يعتبر فيه رضا الأولياء فقط وفي كل واحد من هذين الضربين مسائل اتفقوا عليها ومسائل اختلفوا فيها ونحن نذكر منها قواعدها وأصولها فنقول. أما الرجال البالغون الاحرار المالكون لامر أنفسهم فانهم اتفقوا على اشتراط رضاهم وقبولهم في صحة النكاح

واختلفوا هل يجبر العبد على النكاح سيده والوصى محجوره البالغ أم ليس يجبره فقال مالك يجبر السيد عبده على النكاح وبه قال أبو حنيفة وقال الشافعى لا يجبره ☆ والسبب في اختلافهم هل النكاح من حقوق السيد أم ليس من حقوقه وكذلك اختلفوا في جبر الوصى محجوره والخلاف في ذلك موجود في المذهب ☆ وسبب اختلافهم هل النكاح مصلحة من مصالح المنظور له أم ليس بمصلحة وانما طريقه الملاذ وعلى القول بان النكاح واجب ينبغى أن لا يتوقف في ذلك . وأما النساء اللاتى يعتبر رضاهن في النكاح فاتفقوا على اعتبار رضى الثيب البالغ لقوله عليه الصلاة والسلام :والثيب تعرب عن نفسها الا ما حكى عن الحسن البصرى . واختلفوا فى البكر البالغ وفي الثيب الغير البالغ ما لم يكن ظهر منها الفساد. فأما البكر البالغ فقال مالك والشافعى وابن أبى ليلى للاب فقط ان يجبرها على النكاح وقال أبو حنيفة والثورى والاوزاعى وأبو ثور وجماعة لابد من اعتبار رضاها ووافقهم مالك في البكر المعنسة على أحد القولين عنه ☆ وسبب اختلافهم معارضة دليل الخطاب في هذا العموم وذلك أن ما روى عنه

عليه الصلاة والسلام من قوله : لاتنكح اليتيمة الا باذنها وقوله تستأمر اليتيمة في نفسها خرجه أبو داود والمفهوم منه بدليل الخطاب أن ذات الأب بخلاف اليتيمة وقوله عليه الصلاة والسلام في حديث ابن عباس المشهور : والبكر تستأمر يوجب بعمومه استئمار كل بكر والعموم أقوى من دليل الخطاب مع انه خرج مسلم في حديث ابن عباس زيادة وهو أنه قال عليه الصلاة والسلام : والبكر يستأذنها أبوها وهو نص في موضع الخلاف . واما الثيب الغير البالغ فان مالكا وابا حنيفة قالا يجبرها الاب على النكاح وقال الشافعي لايجبرها وقال المتأخرون ان في المذهب فيها ثلاثة اقوال ، قول ان الاب يجبرها مالم تبلغ بعد الطلاق وهو قول اشهب ، وقول انه يجبرها وان بلغت وهو قول سحنون ، وقول انه لايجبرها وان لم تبلغ وهو قول ابى تمام والذى حكيناه عن مالك هو الذى حكاه أهل مسائل الخلاف كابن القصار وغيره عنه * وسبب اختلافهم معارضة دليل الخطاب للعموم وذلك ان قوله عليه الصلاة والسلام . تستأمر اليتيمة فى نفسها ولا تنكح اليتيمة الا باذنها يفهم منه ان ذات الاب لاتستأمر الا ما اجمع عليه الجمهور من استئمار الثيب البالغ وعموم قوله عليه الصلاة والسلام: الثيب احق بنفسها من وليها يتناول البالغ وغير البالغ وكذلك قوله : لاتنكح الايم حتى تستأمر ولاتنكح حتى تستاذن يدل بعمومه على ماقاله الشافعى ولاختلافهم في هاتين المسالتين سبب آخر وهو استنباط القياس من موضع الاجماع وذلك انهم لما اجمعوا على ان الاب يجبر البكر غير البالغ وانه لايجبر الثيب البالغ الاخلافا شاذاً فيهما جميعاً كما قلنا اختلفوا في موجب الاجبار هل هو البكارة أوالصغر فمن قال الصغر قال لايجبر البكر البالغ ومن قال البكارة قال تجبر البكر البالغ ولا تجبر الثيب الصغيرة ومن قال كل واحد منهما يوجب الاجبار اذا انفرد قال يجبر البكر البالغ والثيب الغير البالغ ، والتعليل الاول تعليل أبى حنيفة والثانى تعليل الشافعى ، والثالث تعليل مالك والاصول أكثر شهادة لتعليل أبى حنيفة واختلفوا فى الثيوبة التى ترفع الاجبار وتوجب النطق بالرضا أو الرد فذهب مالك وأبو حنيفة الى انها الثيوبة التى تكون بنكاح صحيح أو شبهة نكاح أو ملك وانها لاتكون بزنا ولا بغصب وقال الشافعى كل ثيوبة ترفع الاجبار * وسبب اختلافهم هل يتعلق الحكم بقوله عليه الصلاة والسلام: الثيب أحق بنفسها من وليها بالثيوبة الشرعية أم بالثيوبة اللغوية واتفقوا على أن الاب يجبر ابنه الصغير على النكاح وكذلك ابنته الصغيرة البكر ولا يستامرها لماثبت ان رسول الله صلى الله عليه وسلم تزوج عائشة رضى الله عنها بنت ست أو سبع وبنى بها بنت تسع بانكاح أبي بكر أبيها رضى الله عنه الا ماروى من الخلاف عن ابن شبرمة

واختلفوا من ذلك فى مسئلتين ، احـداهما هل يزوج الصغيرة غير الاب ، والثانيـة هل يزوج الصغير غير الاب . فاما هل يزوج الصغيرة غير الاب أم لا فقال الشافعى يزوجها الجـد ابو الاب والاب فقط وقال مالك لايزوجها الا الاب فقط أو من جعـل الاب له ذلك اذا عين الزوج الا أن يخاف عليها الضيعة والفساد وقال أبو حنيفة يزوج الصغيرة كل من له عليها ولاية من أب وقريب وغير ذلك ولهـا الخيار اذا بلغت * وسبب اختلافهم معارضة العموم للقياس وذلك ان قوله عليه الصلاة والسلام والبكر تستامر واذنها صماتها يقتضى العموم في كل بكر الا ذات الاب التى خصصهـا الاجماع الا الخلاف الذى ذكرناه وكون سائر الاولياء معلوم منهم النظر والمصلحة لوليتهم يوجب أن يلحقوا بالاب في هذا المعنى فمنهم من ألحق به جميع الاولياء ومنهم من ألحق به الجـد فقط لانه في معنى الاب اذ كان أبا أعلى وهو الشافعى ومن قصر ذلك على الاب رأى ان ماللاب فى ذلك غير موجود لغيره إما من قبل الشرع أن خصـه بذلك واما من قبل ان مايوجـد فيه من الرأفـة والرحمة لايوجـد فى غيره وهو الذى ذهب اليـه مالك رضى الله عنـه وماذهب اليه أظهر والله أعلم الا أن يكون هنـالك ضرورة وقـد احتجت الحنفية بجواز انكاح الصغار غـير الاباء بقوله تعـالى (فان خفتم أن لا تقسطوا في اليتامى فانكحوا ماطاب لكم من النساء) قال واليتيم لاينطلق الا على غير البالغة والفريق الثانى قالوا ان اسم اليتيم قد ينطلق على البـالغة بدليل قوله عليه الصلاة والسـلام : تستامر اليتيمة والمستامرة هى من أهـل الاذن وهى البالغة فيكون لاختلافهم سبب آخر وهو اشتراك اسم اليتيم وقد احتج أيضاً من لم يجز نكاح غير الاب لها بقوله عليـه الصلاة والسلام : تستامر اليتيمة في نفسها قالوا والصغيرة ليست من أهل الاستئمار باتفاق فوجب المنع ولاؤلئك أن يقولوا ان هذا حكم اليتيمة التى هى من أهـل الاستئمار وأما الصغيرة فمسكوت عنها . واما هل يزوج الولى غير الاب الصغير فان مالكا أجازه للوصى وأبا حنيفة أجازه للاولياء الاان أبا حنيفة أوجب الخيار له اذا بلغ ولم يوجب ذلك مالك وقال الشافعى ليس لغير الاب انكاحه * وسبب اختلافهم قياس غير الاب فى ذلك فمن رأى أن الاجتهاد الموجود فيه الذى جاز للاب به أن يزوج الصغير من ولده لايوجد في غير الاب لم يجز ذلك ومن رأى انه يوجد فيه اجاز ذلك ومن فرق بين الصغير فى ذلك والصغيرة فلان الرجل يملك الطلاق اذا بلغ ولا تملكه المرأة ولذلك جعل أبو حنيفة لهما الخيار اذا بلغا

(وأما الموضع الثالث) وهو هل يجوز عقد النكاح على الخيار فان الجمهور على انه لايجوز وقال أبو ثور يجوز * والسبب في اختلافهم تردد النكاح بين البيوع التى لايجوز فيها الخيار

والبيوع التى يجوز فيها الخيار أو نقول ان الاصل فى العقود أن لاخيار الاما وقع عليه النص وعلى المثبت للخيار الدليل أونقول ان أصل منع الخيـار في البيوع هو الغرر والانكحة لاغرر فيها لان المقصود بهـا المكارمة لاالمـكايسة ولان الحاجة الى الخيار والرؤية في النـكاح أشد منه في البيوع . وأما تراخى القبول من أحد الطرفين عن العقد فاجاز مالك من ذلك التراخى اليسير ومنعه قوم وأجازه قوم وذلك مثل أن ينكح الولى امرأة بغير أذنها فيبلغها النكاح فتجيزه وممن منعه مطلقا الشـافعى وممن أجازه مطلقا أبو حنيفة وأصحابه والتفرقة بين الامر الطويل والقصير لمـالك * وسبب الخلاف هل من شرط الانعقاد وجود القبول من المتعاقدين في وقت واحد معا أم ليس ذلك من شرطه ومثل هـذا الخلاف عرض في البيع .

(الركن الثانى في شروط العقد)

وفيه ثلاثة فصول ، الفصل الاول في الاولياء ، الثانى في الشهود ، الثالث في الصداق

(الفصل الاول)

والنظر في الاولياء في مواضع أربعة ، الاول في اشتراط الولاية فى صحة النكاح ، الموضع الثانى فى صفة الولى ، الثالث في أصناف الاولياء وترتيبهم في الولاية ومايتعلق بذلك ، الرابع في عضل الاولياء من يلونهم وحكم الاختلاف الواقع بين الولى والمولى عليه .

(الموضع الاول) اختلف العلماء هل الولاية شرط من شروط صحة النكاح أم ليست بشرط فذهب مالك الى أنه لايكون نكاح الابولى وانها شرط في الصحة في رواية أشهب عنه وبه قال الشافعى وقال أبو حنيفة وزفر والشعبى والزهرى اذا عقدت المرأة نكاحها بغير ولى وكان كفؤا جاز وفرق داود بين البكر والثيب فقال باشتراط الولى في البكر وعدم اشتراطه في الثيب ويتخرج على رواية ابن القاسم عن مالك في الولاية قول رابع ان اشتراطها سنة لافرض وذلك انه روى عنه أنه كان يرى الميراث بين الزوجين بغير ولى وأنه يجوز للمرأة غير الشريفة أن تستخلف رجلا من الناس على انكاحها وكان يستحب ان تقدم الثيب وليها ليعقد عليها فكانه عنده من شروط التمام لامن شروط الصحة بخلاف عبارة البغداديين من أصحاب مالك أعنى أنهم يقولون أنها من شروط الصحة لامن شروط التمام * وسبب اختلافهم انه لم تأت آية ولاسنة هى ظاهرة في اشتراط الولاية فى النكاح فضلا عن أن يكون في ذلك نص بل الآيات والسنن التى جرت العادة بالاحتجاج بها عند من يشترطها هى كلها محتملة

وكذلك الآيات والسنن التى يحتج بها من يشترط اسقاطها هي أيضا محتملة في ذلك والاحاديث مع كونها محتملة في الفاظها مختلف فى صحتها الا حديث ابن عباس وان كان المسقط لها ليس عليه دليل لان الاصل براءة الذمة ونحن نورد مشهور مااحتج به الفريقان ونبين وجه الاحتمال فى ذلك . فمن أظهر مايحتج به من الكتاب من اشترط الولاية قوله تعالى (فاذا بلغن أجلهن فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن) قالوا وهذا خطاب للاولياء ولولم يكن لهم حق فى الولاية لما نهوا عن العضل وقوله تعالى (ولا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا) قالوا وهذا خطاب للاولياء أيضا ومن أشهر مااحتج به هؤلاء من الاحاديث مارواه الزهرى عن عروة عن عائشة قالت قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : أيما امرأة نكحت بغير اذن وليها فنكاحها باطل ثلاث مرات وان دخل بها فالمهر لها بما أصاب منها فان اشتجروا فالسلطان ولى من لاولى له خرجه الترمذى وقال فيه حديث حسن . وأما مااحتج به من لم يشترط الولاية من الكتاب والسنة فقوله تعالى (فلا جناح عليكم فيما فعلن فى أنفسهن بالمعروف) قالوا هذا دليل على جواز تصرفها في العقد على نفسها قالوا وقد أضاف اليهن فى غير ما آية من الكتاب الفعل فقال (أن ينكحن أزواجهن)وقال (حتى تنكح زوجا غيره) . وأما من السنة فاحتجوا بحديث ابن عباس المتفق على صحته وهو قوله عليه الصلاة والسلام : الايم احق بنفسها من وليها والبكر تستأمر في نفسها واذنها صماتها وبهذا الحديث احتج داود في الفرق عنده بين الثيب والبكر في هذا المعنى فهذا مشهور مااحتج به الفريقان من السماع فاما قوله تعالى « فاذا بلغن أجلهن فلا تعضلوهن » فليس فيه أكثر من نهى قرابة المرأة وعصبتها من أن يمنعوها النكاح وليس نهيهم عن العضل مما يفهم منه اشتراط اذنهم في صحة العقد لا حقيقة ولا مجازا أعنى بوجه من وجوه أدلة الخطاب الظاهرة او النص بل قد يمكن ان يفهم منه ضد هذا وهو ان الاولياء ليس لهم سبيل على من يلونهم وكذلك قوله تعالى (ولا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا) هو أن يكون خطابا لاولى الامر من المسلمين أو لجميع المسلمين أحرى منه أن يكون خطاباً للاولياء وبالجملة فهو متردد بين ان يكون خطابا للاولياء أو لاولى الامر فمن احتج بهذه الآية فعليه البيان انه اظهر في خطاب الاولياء منه في أولى الامر. فان قيل ان هذا عام والعام يشمل ذوى الامر والاولياء قيل أن هذا الخطاب انما هو خطاب بالمنع والمنع بالشرع فيستوى فيه الاولياء وغيرهم وكون الولى مأمورا بالمنع بالشرع لا يوجب له ولاية خاصة في الاذن أصله الاجنبى ولو قلنا انه خطاب للاولياء يوجب اشتراط اذنهم في صحة النكاح لكان مجملا لا يصح به عمل لانه ليس فيه ذكر

أصناف الاولياء ولا صفاتهم ولا مراتبهم والبيان لا يجوز تأخيره عن وقت الحاجة ولو كان فى هـذا كله شرع معروف لنقل تواترا أو قريبا من التواتر لان هذا مما تعم به البلوى ومعلوم انه كان فى المدينة من لا ولى له ولم ينقل عنه صلى الله عليه وسلم انه كان يعقد أنكحتهم ولا ينصب لذلك من يعقدها وأيضا فان المقصود من الآية ليس هو حكم الولاية وانمـا المقصود منها تحريم نكاح المشركين والمشركات وهذا ظاهر والله أعلم . وأما حديث عائشة فهو حديث مختلف فى وجوب العمل به والاظهر ان مالا يتفق على صحته انه ليس يجب العمل به وأيضا فان سلمنا صحة الحديث فليس فيه الا اشتراط اذن الولى لمن لها ولى أعنى المولى عليها وان سلمنا انه عام فى كل امرأة فليس فيه ان المرأة لا تعقد على نفسها أعنى أن لا تكون هى التى تلى العقد بل الاظهر منه انه اذا أذن الولى لها جاز أن تعقد على نفسها دون أن تشترط فى صحة النكاح اشهاد الولى معها . وأما ما احتج به الفريق الآخر من قوله تعالى (فلا جناح عليكم فيما فعلن فى أنفسهن من معروف) فان المفهوم منه النهى عن التثريب عليهن فيما استبددن بفعله دون أوليائهن وليس ههنا شئ يمكن أن تستبد به المرأة دون الولى الا عقد النكاح فظاهر هذه الآية والله أعلم ان لها أن تعقد النكاح وللاوليـاء الفسخ اذا لم يكن بالمعروف وهو الظاهر من الشرع وأن يحتج ببعض ظاهر الآية على رأيهم ولا يحتج ببعضها فيه ضعف وأما اضافة النكاح اليهن فليس فيه دليل على اختصاصهن بالعقد لكن الاصل هو الاختصاص الا ان يقوم الدليل على خلاف ذلك .وأما حديث ابن عباس فهو لعمرى ظاهر فى الفرق بين الثيب والبكر لانه اذا كان كل واحد منهما يستأذن ويتولى العقد عليهما الولى فيما ذا ليت شعرى تكون الايم أحق بنفسها من وليها وحديث الزهرى هو ان يكون موافقا هذا الحديث أحرى من ان يكون معارضا له ويحتمـل أن تكون التفرقة بينهما فى السكوت والنطق فقط ويكون السكوت كافيا فى العقد والاحتجاج بقوله تعالى (فلا جناح عليكم فيما فعلن فى أنفسهن بالمعروف) هو أظهر فى ان المرأة تلى العقد من الاحتجاج بقوله تعـالى (ولا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا) على ان الولى هو الذى يلى العقد وقد ضعف الحنفية حديث عائشة وذلك انه حديث رواه جماعة عن ابن جريج عن الزهرى وحكى ابن علية عن ابن جريج انه سأل الزهرى عنه فلم يعرفه قالوا والدليل على ذلك أن الزهرى لم يكن يشترط الولاية ولا الولاية من مذهب عائشة وقد احتجوا أيضا بحديث ابن عباس انه قال لا نكاح الا بولى وشاهدى عدل ولكنه مختلف فى رفعه وكذلك اختلفوا أيضا فى صحة الحديث الوارد فى نكاح النبى عليه الصلاة والسلام أم سلمة وأمره لابنها أن ينكحها اياه وأما احتجاج الفريقين من جهة المعانى فمحتمل وذلك انه يمكن أن يقال ان الرشد اذا وجد

في المرأة اكتفى به في عقد النكاح كما يكتفى به في التصرف في المال ويشبه ان يقال ان المرأة مائلة بالطبع الى الرجال اكثر من ميلها الى تبذير الاموال فاحتاط الشرع بان جعلها محجورة في هذا المعنى على التأبيد مع ان مايلحقها من العار في القاء نفسها في غير موضع كفاءة يتطرق الى اوليائها لكن يكفي في ذلك ان يكون للاولياء الفسخ او الحسبة والمسئلة محتملة كما ترى لكن الذي يغلب على الظن أنه لو قصد الشارع اشتراط الولاية لبين جنس الاولياء وأصنافهم ومراتبهم فان تاخر البيان عن وقت الحاجة لايجوز فاذا كان لايجوز عليه عليه الصلاة والسلام تأخير البيان عن وقت الحاجة وكان عموم البلوى في هذه المسئلة يقتضى ان ينقل اشتراط الولاية عنه صلى الله عليه وسلم تواتراً او قريبا من التواتر ثم لم ينقل فقد يجب أن يعتقد أحد أمرين اما انه ليست الولاية شرطاً في صحة النكاح وانما للاولياء الحسبة في ذلك وأما ان كان شرطاً فليس من صحتها تمييز صفات الولى واصنافهم ومراتبهم ولذلك يضعف قول من يبطل عقد الولى الابعد مع وجود الاقرب .

(الموضع الثانى) وأما النظر في الصفات الموجبة للولاية والسالبة لها فانهم اتفقوا على أن من شرط الولاية الاسلام والبلوغ والذكورية وأن سوالبها اضدادها هذه أعنى الكفر والصغر والانوثة . واختلفوا في ثلاثة في العبد والفاسق والسفيه فاما العبد فالاكثر على منع ولايته وجوزها أبو حنيفة . وأما الرشد فالمشهور في المذهب أعنى عند أكثر أصحاب مالك ان ذلك ليس من شرطها أعنى الولاية وبه قال أبو حنيفة وقال الشافعي ذلك من شرطها وقد روى عن مالك مثل قول الشافعي وبقول الشافعي قال أشهب وأبو مصعب ☆ وسبب الخلاف تشبيه هذه الولاية بولاية المال فمن رأى انه قد يوجد الرشد في هذه الولاية مع عدمه في المال قال ليس من شرطه ان يكون رشيدا في المال ومن رأى أن ذلك ممتنع الوجود قال لابد من الرشد في المال وهما قسمان كما ترى أعنى أن الرشد في المال غير الرشد في اختيار الكفاءة لها . وأما العدالة فانما اختلفوا فيها من جهة انها نظر للمعنى أعنى هذه الولاية فلا يؤمن مع عدم العدالة أن لايختار لها الكفاءة وقد يمكن أن يقال إن الحالة التي بها يختار الاولياء لمولياتهم الكفء غير حالة العدالة وهي خوف لحوق العار بهم وهذه هي موجودة بالطبع وتلك العدالة الاخرى مكتسبة ولنقص العبد يدخل الخلاف في ولايته كما يدخل في عدالته .

(الموضع الثالث) . وأما أصناف الولاية عند القائلين بها فهي نسب وسلطان ومولى أعلى وأسفل ومجرد الاسلام عند مالك صفة تقتضى الولاية على الدنيئة . واختلفوا في الوصي فقال

مالك يكون الوصى وليا ومنع ذلك الشافعى ۞ وسبب اختلافهم هل صفة الولاية مما يمكن ان يستناب فيها أم ليس يمكن ذلك ولهذا السبب بعينه اختلفوا في الوكالة في النكاح لكن الجمهور على جوازها الا ابا ثور ولا فرق بين الوكالة والايصاء لان الوصى وكيل بعد الموت والوكالة تنقطع بالموت. واختلفوا في ترتيب الولاية من النسب فعند مالك أن الولاية معتبرة بالتعصيب الا الابن فمن كان أقرب عصبة كان أحق بالولاية والابناء عنده أولى وان سفلوا ثم الاباء ثم الاخوة للاب والام ثم للاب ثم بنو الاخوة للاب والام ثم للاب فقط ثم بنو الاخوة للاب وان علو ثم الجد وقال المغيرة الجد وأبوه أولى من الاخ وابنه ليس من أصل ثم العمومة على ترتيب الاخوة وإن سفلوا ثم المولى ثم السلطان والمولى الاعلى عنده أحق من الاسفل والوصى عنده أولى من ولى النسب أعنى وصى الاب. واختلف أصحابه فيمن أولى وصى الاب أو ولى النسب فقال ابن القاسم الوصى أولى مثل قول مالك وقال ابن الماجشون وابن عبد الحكم الولى أولى وخالف الشافعى مالكا فى ولاية البنوة فلم يجزها أصلا وفى تقديم الاخوة على الجد فقال لا ولاية للابن وروى عن مالك أن الاب أولى من الابن وهو أحسن وقال أيضا الجد أولى من الاخ وبه قال المغيرة والشافعى اعتبر التعصيب أعنى ان الولد ليس من عصبتها لحديث عمر: لاتنكح المرأة الا باذن وليها أوذى الرأى من أهلها أو السلطان ولم يعتبره مالك في الابن لحديث أم سلمة أن النبى صلى الله عليه وسلم : أمر ابنها أن ينكحها اياه ولانهم اتفقوا أعنى مالكا والشافعى على أن الابن يرث الولاء الواجب للام والولاء عندهم للعصبة ۞ وسبب اختلافهم في الجد هو اختلافهم فيمن هو أقرب هل الجد أو الاخ. ويتعلق بالترتيب ثلاث مسائل مشهورة ، أحدها اذا زوج الابعد مع حضور الاقرب ، والثانية اذا غاب الاقرب هل تنتقل الولاية الى الابعد أو الى السلطان ، والثالثة اذا غاب الاب عن ابنته البكر هل تنتقل الولاية أولا تنتقل .

(فأما المسئلة الأولى) فاختلف فيها قول مالك فمرة قال ان زوج الابعد مع حضور الاقرب فالنكاح مفسوخ ومرة قال النكاح جائز ومرة قال للاقرب ان يجيز أو يفسخ وهذا الخلاف كله عنده فيما عدا الاب في ابنته البكر والوصى في محجورته فانه لا يختلف قوله ان النكاح في هذين مفسوخ أعنى تزويج غير الاب البنت البكر مع حضور الاب أو غير الوصى المحجورة مع حضور الوصى . وقال الشافعى لا يعقد أحد مع حضور الاب لا في بكر ولا فى ثيب ۞ وسبب هذا الاختلاف هو هل الترتيب حكم شرعى أعنى ثابتاً بالشرع فى الولاية أم

ليس بحكم شرعي وان كان حكما فهل ذلك حق من حقوق الولى الاقرب أم ذلك حق من حقوق الله فمن لم ير الترتيب حكما شرعيا قال يجوز نكاح الا بعد مع حضور الاقرب ومن رأى انه حكم شرعي ورأى انه حق للولى قال النكاح منعقد فان أجازه الولى جاز وان لم يجزه انفسخ ومن رأى انه حق لله قال النكاح غير منعقد وقد أنكر قوم هذا المعنى في المذهب أعني ان يكون النكاح غير منفسخا غير منعقد .

(وأما المسئلة الثانية) فان مالكا يقول اذا غاب الولى الاقرب انتقلت الولاية الى الا بعد وقال الشافعي تنتقل الى السلطان * وسبب اختلافهم هل الغيبة في ذلك بمنزلة الموت أم لا وذلك انه لا خلاف عندهم في انتقالها في الموت .

(وأما المسئلة الثالثة) وهي غيبة الاب عن ابنته البكر فان في المذهب فيها تفصيلا واختلافا وذلك راجع الى بعد المكان وطول الغيبة اوقربه والجهل بمكانه أوالعلم به وحاجة البنت الى النكاح إما لعدم النفقة وإما لما يخاف عليها من عدم الصون واما للامرين جميعا. فاتفق المذهب على أنه اذا كانت الغيبة بعيدة أوكان الاب مجهول الموضع أوأسيرا وكانت في صون وتحت نفقة انها أن لم تدع الى التزويج لا تزوج وان دعت فتزوج عند الاسر وعند الجهل بمكانه . واختلفوا هل تزوج مع العلم بمكانه أم لا اذا كان بعيداً فقيل تزوج وهو قول مالك وقيل لا تزوج وهو قول عبد الملك وابن وهب . وأما ان عدمت النفقة أو كانت في غير صون فانها تزوج أيضا في هذه الاحوال الثلاثة أعنى فى الغيبة البعيدة وفى الاسر والجهل بمكانه وكذلك ان اجتمع الامران فاذا كانت في غير صون تزوج وان لم تدع الى ذلك ولم يختلفوا فيما أحسب أنها لا تزوج في الغيبة القريبة المعلومة لمكان امكان مخاطبته وليس يبعد بحسب النظر المصلحي الذى انبنى عليه هذا النظر أن يقال ان ضاق الوقت وخشى السلطان عليها الفساد زوجت وان كان الموضع قريباً واذا قلنا انه تجوز ولاية الا بعد مع حضور الاقرب ، فان جعلت امرأة أمرها الى وليين فزوجها كل واحد منهما فانه لا يخلو أن يكون تقدم أحدهما فى العقد على الآخر أو يكونا عقدا معا ثم لا يخلو ذلك من أن يعلم المتقدم أو لا يعلم فأما اذا علم المتقدم منهما فأجمعوا على أنها للاول اذا لم يدخل بها واحد منهما * واختلفوا اذا دخل الثانى فقال قوم هي للاول وقال قوم هي للثانى وهو قول مالك وابن القاسم وبالاول قال الشافعي وابن عبد الحكم . وأما ان أنكحاها معاً فلا خلاف في فسخ النكاح فيما أعرف * وسبب الخلاف في اعتبار الدخول أولا اعتباره معارضة العموم للقياس وذلك انه قد روى

انه عليه الصلاة والسلام قال : إيما امرأة أنكحها وليان فهى للاول منهما فعموم هذا الحديث يقتضى انها للاول دخل بها الثانى أولم يدخل ومن اعتبر الدخول فتشبيهاً بفوات السلعة في البيع المكروه وهو ضعيف . وأما انلم يعلم الاول فان الجمهور على الفسخ وقال مالك يفسخ مالم يدخل أحدهما وقال شريح تخير فأيهما اختارت كان هو الزوج وهو شاذ وقدروى عن عمر بن عبد العزيز .

(الموضع الرابع في عضل الأولياء) واتفقوا على انه ليس للولى ان يعضل وليته اذا دعت الى كفء وبصداق مثلها وانها ترفع أمرها الى السلطان فيزوجها ماعدا الاب فانه اختلف فيه المذهب * واختلفوا بعد هذا الانفاق فيما هي الكفاءة المعتبرة في ذلك وهل صداق المثل منها أم لا. وكذلك اتفقوا على أن للمرأة ان تمنع نفسها من انكاح من له من الاولياء جبرها اذا لم تكن فيها الكفاءة موجودة كالاب في ابنته البكر أما غير البالغ باتفاق والبالغ والثيب الصغيرة باختلاف على ماتقدم وكذلك الوصى في محجوره على القول بالجبر . فأما الكفاءة فانهم اتفقوا على أن الدين معتبر في ذلك الا ماروى عن محمد بن الحسن من اسقاط اعتبار الدين ولم يختلف المذهب أن البكر اذازوجها الاب من شارب الخمر وبالجملة من فاسق ان لها ان تمنع نفسها من النكاح وينظر الحاكم في ذلك فيفرق بينهما . وكذلك ان زوجها ممن ماله حرام أو ممن هو كثير الحلف بالطلاق .واختلفوا في النسب هل هو من الكفاءة أم لا وفي الحرية وفي اليسار وفي الصحة من العيوب فالمشهور عن مالك أنه يجوز نكاح الموالى من العرب وانه احتج لذلك بقوله تعالى «ان اكرمكم عند الله اتقاكم» وقال سفيان الثورى وأحمد لاتزوج العربية من مولى وقال أبو حنيفة واصحابه لاتزوج قرشية الامن قرشي ولا عربية الامن عربى *والسبب في اختلافهم ختلافهم في مفهوم قوله عليه الصلاة والسلام تنكح المرأة لدينها وجمالها ومالها وحسبها فاظفر بذات الدين تربت يمينك فمنهم من رأى ان الدين هو المعتبر فقط لقوله عليه الصلاة والسلام : فعليك بذات الدين تربت يمينك ومنهم من رأى ان الحسب في ذلك هو بمعنى الدين وكذلك المال وانه لايخرج من ذلك الا ماأخرجه الاجماع وهو كون الحسن ليس من الكفاءة وكل من يقول برد النكاح من العيوب يجعل الصحة منها من الكفاءة وعلى هذا فيكون الحسن يعتبر لجهة ماولم يختلف المذهب ايضا ان الفقر مما يوجب فسخ انكاح الاب ابنته البكر أعنى اذا كان فقيرا غير قادر على النفقة عليها فالمال عنده من الكفاءة ولم ير ذلك أبو حنيفة . وأما الحرية فلم يختلف المذهب انها من الكفاءة لكون السنة الثابتة بتخيير الامة اذا اعتقت . وأما مهر المثل فان مالكا والشافعى

يريان انه ليس من الكفاءة وأن للاب ان ينـكح ابنته بأقل من صداق المثـل أعنى البكر وأن الثيب الرشيدة اذا رضيت به لم يكن للاوليـاء مقال وقال أبو حنيفـة مهر المثـل من الكفاءة ✡ وسبب اختلافهم أما في الاب فلاختلافهـم هل له ان يضع من صداق ابنته البـكر شيئاً أم لا . وأما في الثيب فلاختلافهم هل ترتفع عنها الولاية في مقدار الصداق اذا كانت رشيدة كما ترتفع في سائر تصرفاتها الماليـة أم ليس ترتفع الولاية عن مقدار الصداق اذا كانت لا يرتفع عنها في التصرف في النكاح والصداق والصداق من أسبابه وقد كان هـذا القول أخلق بمن يشترط الولاية ممن لم يشترطها لكن أتى الامر بالعكس. ويتعلق بأحكام الولاية مسئلة مشهورة وهى هل يجوز للولى ان ينكح وليته من نفسه أم لا يجوز ذلك فمنع ذلك الشافعى قياساً على الحاكم والشاهد أعنى انه لا يحكم لنفسه ولا يشهد لنفسه وأجاز ذلك مالك ولا أعلم لمالك حجة في ذلك الا ماروى من انه عليه الصلاة والسلام : تزوج أم سلمة بغير ولى لان ابنها كان صغيراً وماثبت انه عليه الصلاة والسلام : أعتق صفية فجعل صداقها عتقها والاصل عند الشافعى في أنكحة النبي عليه الصلاة والسلام انها على الخصوص حتى يدل الدليل على العموم لـكثرة خصوصيته فى هذا المعنى صلى الله عليه وسلم ولـكن تردد قوله في الامام الاعظم .

﴿الفصل الثانى فى الشهادة﴾

واتفق أبو حنيفة والشافعى ومالك على ان الشهادة من شرط النكاح واختلفوا هل اهي شرط تمام يؤمر به عند الدخول او شرط صحة يؤمر به عند العقد .واتفقوا على أنه لا يجوز نكاح السر .واختلفوا اذا أشهد شاهدين ووصيا بالكتمان هل هو سر أو ليس بسر فقال مالك هو سر ويفسخ،وقال أبو حنيفة والشافعى ليس بسر ✡ وسبب اختلافهم هل الشهادة في ذلك حكم شرعى أم انما المقصود منها سد ذريعة الاختلاف او الانكار فمن قال حكم شرعي قال هي شروط من شروط الصحة ومن قال توثق قال من شروط التمام والاصل في هذا ماروى عن ابن عباس : لانكاح الا بشاهدى عدل وولى مرشد ولا مخالف له من الصحابة وكثير من النـاس رأى هذا داخلا في باب الاجماع وهو ضعيف وهذا الحديث قد روى مرفوعا ذكره الدار قطنى وذكر أن في سنده مجاهيل وأبو حنيفة ينعقد النكاح عنده بشهادة فاسقين لان المقصود عنده بالشهادة هو الاعلان فقط والشافعى يرى أن الشهادة تتضمن المعنيين أعنى الاعلان والقبول ولذلك اشترط فيها العـدالة . واما مالك فليس يتضمن عنـده الاعلان اذا وصى الشاهدان بالكتمان ✡ وسبب اختلافهم هل ماتقع فيه الشهادة

ينطلق عليه اسم السر أم لا والاصل فى اشتراط الاعلان قول النبى عليه الصلاة والسلام : اعلنوا هذا النكاح واضربوا عليه بالدفوف خرجه أبوداود وقال عمر فيه هذا نكاح السر ولو تقدمت فيه لرجمت وقال أبو ثور وجماعة ليس الشهود من شرط النكاح لاشرط صحة ولا شرط تمام وفعل ذلك الحسن بن على روى عنه انه تزوج بغير شهادة ثم أعلن بالنكاح

(الفصل الثالث في الصداق)

والنظر في الصداق في ستة مواضع ، الاول في حكمه واركانه ، الموضع الثانى في تقرر جميعه للزوجة ، الموضع الثالث في تشطيره ، الموضع الرابع فى التفويض وحكمه ، الموضع الخامس الاصدقة الفاسدة وحكمها ، الموضع السادس فى اختلاف الزوجين في الصداق .

(الموضع الاول) وهذا الموضع فيه أربع مسائل ، الاولى فى حكمه ، الثانية فى قدره ، الثالثة فى جنسه ووصفه ، الرابعة في تأجيله .

(المسئلة الاولى) اما حكمه فانهم اتفقوا على انه شرط من شروط الصحة وأنه لايجوز التواطؤ على تركه لقوله تعالى (وآتوا النساء صدقاتهن نحلة) وقوله تعالى (فانكحوهن باذن أهلهن وآتوهن اجورهن) .

(المسئلة الثانية) وأما قدره فانهم اتفقوا على أنه ليس لاكثره حد ✡ واختلفوا في أقله فقال الشافعى وأحمد واسحق وأبو ثور وفقهاء المدينة من التابعين ليس لاقله حد وكل ما جاز أن يكون ثمنا وقيمة لشيء جاز أن يكون صداقا وبه قال ابن وهب من أصحاب مالك وقال طائفة بوجوب تحديد أقله وهؤلاء اختلفوا فالمشهور في ذلك مذهبان ، أحدهما مذهب مالك وأصحابه ، والثانى مذهب أبى حنيفة وأصحابه . فأما مالك فقال أقله ربع دينار من الذهب أو ثلاثة دراهم كيلا من فضة أو ما ساوى الدراهم الثلاثة أعنى دراهم الكيل فقط في المشهور وقيل أو ما يساوى أحدهما وقال أبو حنيفة عشرة دراهم أقله وقيل خمسة دراهم وقيل أربعون درهما ✱ وسبب اختلافهم في التقدير سببان ، أحدهما تردده بين أن يكون عوضا من الاعواض يعتبر فيه التراضى بالقليل كان أو بالكثير كالحال في البيوعات وبين أن يكون عبادة فيكون موقتا وذلك أنه من جهة انه يملك به على المرأة منافعها على الدوام يشبه العوض ومن جهة انه لايجوز التراضى على اسقاطه يشبه العبادة ✱ والسبب الثانى معارضة هذا القياس المقتضى التحديد لمفهوم الاثر الذى لايقتضى التحديد . أما القياس الذى

يقتضى التحديد فهو كما قلنا انه عبـادة والعبادات موقتة . وأما الاثر الذى يقتضى مفهومه عدم التحديد فحديث سهل بن سعد الساعدى المتفق على صحته وفيه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم جاءته امرأة فقالت يارسول الله انى قد وهبت نفسى لك فقامت قياما طويلا فقام رجل فقال يارسول الله زوجنيها ان لم يكن لك بها حاجة فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : هل معك من شىء تصدقها اياه فقال ماعندى الا ازارى فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ان أعطيتها اياه جلست لاازار لك فالتمس شيئا فقال لاأجد شيئا فقال عليه الصلاة والسلام : التمس ولو خاتما من حديد فالتمس فلم يجد شيئا فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم هل معك شىء من القرآن قال نعم سورة كذا وسورة كذا لسور سماها فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم قد أنكحتكها بما معـك من القرآن قالوا فقوله عليه الصلاة والسلام التمس ولو خاتما من حديد دليل على انه لاقدر لأقله لانه لو كان له قدر لبينه اذ لايجوز تأخير البيان عن وقت الحاجة وهذا استدلال بين كما ترى مع أن القياس الذى اعتمده القائلون بالتحديد ليس تسلم مقدماته وذلك انه انبنى على مقدمتين ، احداهما أن الصداق عبـادة ، والثانية أن العبادة موقتة وفى كليهما نزاع للخصم وذلك انه قد يلفى فى الشرع من العبادات ما ليسـت موقتة بل الواجب فيها هو أقل ما ينطلق عليه الاسم وأيضا فانه ليس فيه شبه العبادات خالصا وانما صار المرجحون لهذا القياس على مفهوم الاثر لاحتمال أن يكون ذلك الاثر خاصا بذلك الرجل لقوله فيه قد أنكحتكها بما معك من القرآن وهذا خلاف للاصول وان كان قد جاء فى بعض رواياته انه قال قم فعلمها لما ذكر أنه معه من القرآن فقام فعلمها فجاء نكاحا باجارة لكن لما التمسوا أصلا يقيسون عليه قدر الصداق لم يجدوا شيئا أقرب شبها به من نصاب القطع على بعد ما بينهما وذلك أن القياس الذى استعملوه فى ذلك هو أنهم قالوا عضو مستباح بمال فوجب أن يكون مقدرا أصله القطع وضعف هذا القياس هو من قبل أن الاستباحة فيها هى مقولة باشتراك الاسم وذلك أن القطع غير الوطء وأيضا فان القطع استباحة على جهة العقوبة والاذى ونقص خلقة وهذا استباحة على جهة اللذة والمودة ومن شأن قياس الشبه على ضعفه أن يكون الذى به تشابه الفرع والاصل شيئا واحدا لا باللفظ بل بالمعنى وان يكون الحكم انما وجـد للاصل من جهة الشبه وهذا كله معدوم فى هذا القياس ومع هذا فانه من الشبه الذى لم ينبه عليه اللفظ وهذا النوع من القياس مردود عند المحققين لكن لم يستعملوا هذا القياس فى اثبات التحديد المقابل لمفهوم الحديث اذ هو فى غاية الضعف وانما استعملوه فى تعيين قدر التحديد

وأما القياس الذى استعملوه فى معارضة مفهوم الحديث فهو أقوى من هذا ويشهد لعدم التحديد ماخرجه الترمذى ان امرأة تزوجت على نعلين فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم : أرضيت من نفسك ومالك بنعلين فقالت نعم فجوز نكاحها وقال هو حديث حسن صحيح * ولما اتفق القائلون بالتحديد على قياسه على نصاب السرقة اختلفوا فى ذلك بحسب اختلافهم فى نصاب السرقة فقال مالك هو ربع دينار أو ثلاثة دراهم لانه النصاب فى السرقة عنده ، وقال أبو حنيفة هو عشرة دراهم لانه النصاب فى السرقة عنده وقال ابن شبرمة هو خمسة دراهم لانه النصاب عنده أيضاً فى السرقة وقد احتجت الحنفية لكون الصداق محدداً بهذا القدر بحديث يروونه عن جابر عن النبى عليه الصلاة والسلام : انه قال : لامهر بأقل من عشرة دراهم ولو كان هذا ثابتا لكان رافعا لموضع الخلاف لانه كان يجب لموضع هذا الحديث ان يحمل حديث سهل بن سعد على الخصوص لكن حديث جابر هذا ضعيف عند أهل الحديث فانه يرويه قالوا مبشر ابن عبيد عن الحجاج بن ارطاة عن عطاء عن جابر ومبشر والحجاج ضعيفان وعطاء أيضا لم يلق جابرا ولذلك لايمكن أن يقال ان هذا الحديث معارض لحديث سهل بن سعد .

(المسئلة الثالثة) أما جنسه فكل ماجاز أن يتملك وأن يكون عوضاً.واختلفوا من ذلك فى مكانين فى النكاح بالاجارة وفى جعل عتق أمته صداقها * أما النكاح على الاجارة ففى المذهب فيه ثلاثة أقوال : قول بالاجازة ؛ وقول بالمنع ، وقول بالكراهة والمشهور عن مالك الكراهة ولذلك رأى فسخه قبل الدخول وأجازه من أصحابه اصبغ وسحنون وهو قول الشافعى ومنعه ابن القاسم وابو حنيفة الا فى العبد فان أبا حنيفة أجازه * وسبب اختلافهم سببان ، أحدهما هل شرع من قبلنا لازم لنا حتى يدل الدليل على ارتفاعه أم الامر بالعكس فمن قال هو لازم أجازه لقوله تعالى « إنى أريد أن أنكحك إحدى ابنتى هاتين على أن تأجرنى ثمانى حجج » الآية ومن قال ليس بلازم قال لايجوز النكاح بالاجارة * والسبب الثانى هل يجوز أن يقاس النكاح فى ذلك على الاجارة وذلك ان الاجارة هى مستثناة من بيوع الغرر المجهول ولذلك خالف فيها الاصم وابن علية وذلك ان اصل التعامل انما هو على عين معروفة ثابتة فى عين معروفة ثابتة والاجارة هى عين ثابتة فى مقابلتها حركات وافعال غير ثابتة ولامقدرة بنفسها ولذلك اختلف الفقهاء متى تجب الاجرة على المستاجر . وأما كون العتق صداقا فانه منعه فقهاء الامصار ماعدا داود وأحمد * وسبب اختلافهم معارضة الاثر الوارد فى ذلك للاصول أعنى ماثبت من انه عليه الصلاة والسلام : أعتق صفية وجعل عتقها صداقها مع احتمال ان يكون هذا خاصا به عليه الصلاة والسلام لكثرة اختصاصه

في هـذا الباب ووجه مفارقته للاصول أن العتق ازالة ملك والازالة لا تتضمن استباحة الشيء بوجه آخر لانها اذا أعتقت ملكت نفسها فكيف يلزمها النكاح ولذلك قال الشافعي انها ان كرهت زواجه غرمت له قيمتها لانه رأى انها قد اتلفت عليه قيمتها اذ كان انما اتلفها بشرط الاستمتاع بها وهذا كله لا يعارض به فعله عليه الصلاة والسلام ولوكان غير جائز لغيره لبينه عليه الصلاة والسلام والاصل ان أفعاله لازمة لنا الاماقام الدليل على خصوصيته ۞ وأما صفة الصداق فانهم اتفقوا على انعقاد النكاح على العرض المعين الموصوف أعني المنضبط جلسه وقدره بالوصف .واختلفوا في العرض الغير موصوف ولامعين مثل ان يقول أنكحتكها على عبد أو خادم من غير ان يصف ذلك وصفا يضبط قيمته فقال مالك وأبو حنيفة يجوز وقال الشافعي لايجوز واذا وقع النكاح على هذا الوصف عند مالك كان لها الوسط مما سمي وقال أبو حنيفة يجبر على القيمة ۞ وسبب اختلافهم هل يجرى النكاح في ذلك مجرى البيع من القصد في التشاح او ليس يبلغ ذلك المبلغ بل القصد منه أكثر ذلك المكارمة فمن قال يجرى في التشاح مجرى البيع قال كما لا يجوز البيع على شيء غير موصوف كذلك لا يجوز النكاح ومن قال ليس يجرى مجراه اذ المقصود منه انما هو المكارمة قال يجوز ۞ وأما التأجيل فان قوما لم يجيزوه اصلا وقوم أجازوه واستحبوا ان يقدم شيئا منه اذا اراد الدخول وهومذهب مالك والذين أجازوا التاجيل منهم من لم يجزه الالزمن محدود وقدرهذا البعد وهومذهب مالك ومنهم من أجازه لموت أوفراق وهومذهب الاوزاعي ۞ وسبب اختلافهم هل يشبه النكاح البيع في التاجيل أولا يشبهه فمن قال يشبهه لم يجز التاجيل لموت او فراق ومن قال لايشبهه أجاز ذلك ومن منع التاجيل فلكونه عبادة.

(الموضع الثاني) في النظر في التقرر واتفق العلماء على ان الصداق يجب كله بالدخول أوالموت . أماوجوبه كله بالدخول فلقوله تعالى (وان أردتم استبدال زوج مكان زوج وآتيتم احداهن قنطارا فلاتأخذوا منه شيئا) الآية ۞وأما وجوبه بالموت فلاأعلم الآن فيه دليلامسموعا الاانعقادالاجماع على ذلك.واختلفوا هل من شرط وجوبه مع الدخول المسيس أم ليس ذلك من شرطه بل يجب بالدخول والخلوة وهوالذي يعنون بارخاء الستور فقال مالك والشافعي وداود لايجب بارخاء الستور الانصف المهر مالم يكن المسيس وقال أبو حنيفة يجب المهر بالخلوة نفسها ان الا يكون محرما او مريضاً أو صائما في رمضان أو كانت المرأة حائضاً وقال ابن أبي ليلى يجب المهر كله بالدخول ولم يشترط في ذلك شيئاً ۞ وسبب اختلافهم في ذلك معارضة حكم الصحابة في ذلك لظاهر الكتاب وذلك أنه نص تبارك وتعالى في المدخول بها المنكوحة انه ليس يجوز أن يؤخذ من

صداقها شيء في قوله تعالى « وكيف تأخذونه وقد أفضى بعضكم الى بعض » ونص في المطلقة قبل المسيس أن لها نصف الصداق فقال تعالى « وان طلقتموهن من قبل ان تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف مافرضتم » وهذا نص كما ترى في حكم كل واحدة من هاتين الحالتين أعني قبل المسيس وبعد المسيس ولا وسط بينهما فوجب بهذا ايجابا ظاهراً أن الصداق لايجب الابالمسيس والمسيس ههنا الظاهر من امره انه الجماع وقد يحتمل أن يحمل على أصله في اللغة وهو المس ولعل هذا هوالذي تأولت الصحابة ولذلك قال مالك في العنين المؤجل انه قد وجب الصداق لها عليه اذا وقع الطلاق لطول مقامه معها فجعل له دون الجماع تاثيرا في ايجاب الصداق واما الاحكام الواردة في ذلك عن الصحابة فهو أن من اغلق بابا او أرخى ستراً فقد وجب عليه الصداق لم يختلف عليهم في ذلك فيما حكوا . واختلفوا من هذا الباب في فرع وهو اذا اختلفا في المسيس أعني القائلين باشتراط المسيس وذلك مثل ان تدعى هي المسيس وينكر هو فالمشهور عن مالك أن القول قولها وقيل ان كان دخول بناء صدقت وان كان دخول زيارة لم تصدق وقيل ان كانت بكراً نظر اليها النساء فيتحصل فيها في المذهب ثلاثة أقوال وقال الشافعي وأهل الظاهر القول قوله وذلك لانه مدعى عليه ومالك ليس يعتبر في وجوب اليمين على المدعى عليه من جهة ماهو مدعى عليه بل من جهة ماهو أقوى شبهة في الاكثر ولذلك يجعل القول في مواضع كثيرة قول المدعي اذا كان أقوى شبهة وهذا الخلاف يرجع الى هل ايجاب اليمين على المدعى عليه معلل أو غير معلل وكذلك القول في وجوب البينة على المدعي وسيأتي هذا في مكانه

(الموضع الثالث في التشطير) واتفقوا اتفاقا مجملا انه اذا طلق قبل الدخول وقد فرض صداقا انه يرجع عليها بنصف الصداق لقوله تعالى « فنصف مافرضتم » الآية ، والنظر في التشطير في أصول ثلاثة في محله من الانكحة وفي موجبه من أنواع الطلاق أعني الواقع قبل الدخول وفي حكم مايعرض له من التغييرات قبل الطلاق. أما محله من النكاح عند مالك فهو النكاح الصحيح أعني أن يكون يقع الطلاق الذي قبل الدخول في النكاح الصحيح. وأما النكاح الفاسد فان لم تكن الفرقة فيه فسخا وطلق قبل الفسخ ففي ذلك قولان . وأما موجب التشطير فهو الطلاق الذي يكون باختيار من الزوج لاباختيار منها مثل الطلاق الذي يكون من قبل قيامها بعيب يوجد فيه واختلفوا من هذا الباب في الذي يكون سببه قيامها عليه بالصداق أو النفقة مع عسره ولا فرق بينه وبين القيام بالعيب . وأما الفسوخ التي ليست طلاقا فلا خلاف انها ليست توجب التشطير اذا كان فيها الفسخ من قبل العقد أو من قبل الصداق وبالجملة

من قبل عدم موجبات الصحة وليس لها فى ذلك اختيار أصلا . وأما الفسوخ الطارئة على العقد الصحيح مثل الردة والرضاع فان لم يكن لاحدهما فيه اختيار أو كان لها دونه لم يوجب التشطير وان كان له فيه اختيار مثل الردة أوجب التشطير والذى يقتضيه مذهب أهل الظاهر ان كل طلاق قبل البناء فواجب أن يكون فيه التنصيف سواء كان من سببها أو سببه وان ما كان فسخاً ولم يكن طلاقا فلا تنصيف فيه ✡ وسبب الخلاف هل هذه السنة معقولة المعنى أم ليست بمعقولة فمن قال انها معقولة المعنى وانه انما وجب لها نصف الصداق عوض ما كان لها لمكان الجبر على رد سلعتها وأخذ الثمن كالحال فى المشترى فلما فارق النكاح فى هذا المعنى البيع جعل لها هذا عوضاً من ذلك الحق قال اذا كان الطلاق من سببها لم يكن لها شىء لانها أسقطت ما كان لها من جبره على دفع الثمن وقبض السلعة ومن قال انها سنة غير معقولة واتبع ظاهر اللفظ قال يلزم التشطير فى كل طلاق كان من سببه أو سببها . فاما حكم مايعرض للصداق من التغيرات قبل الطلاق فان ذلك لايخلو أن يكون من قبلها أو من الله فما كان من قبل الله فلا يخلو من أربعة أوجه إما أن يكون تلفا للكل وإما أن يكون نقصا وإما أن يكون زيادة وإما أن يكون زيادة ونقصانا معا وما كان من قبلها فلا يخلو أن يكون تصرفها فيه بتفويت مثل البيع والعتق والهبة أو يكون تصرفها فيه فى منافعها الخاصة بها أو فيما تتجهز به الى زوجها فعند مالك انهما فى التلف وفى الزيادة وفى النقصان شريكان وعند الشافعى انه يرجع فى النقصان والتلف عليها بالنصف ولا يرجع بنصف الزيادة ✡ وسبب اختلافهم هل تملك المرأة الصداق قبل الدخول أو الموت ملكا مستقراً أولا تملكه فمن قال انها لاتملكه ملكا مستقراً قال هما فيه شريكان مالم تعتد فتدخله فى منافعها ومن قال تملكه ملكا مستقراً والتشطير حق واجب تعين عليها عند الطلاق وبعد استقرار الملك أوجب الرجوع عليها بجميع ماذهب عندها ولم يختلفوا انها اذا صرفته فى منافعها ضامنة للنصف ✡ واختلفوا اذا اشترت به ما يصلحها للجهاز مما جرت به العادة هل يرجع عليها بنصف ما اشترته أم بنصف الصداق الذى هو الثمن فقال مالك يرجع عليها بنصف ما اشترته : وقال أبو حنيفة والشافعى يرجع عليها بنصف الثمن الذى هو الصداق ، واختلفوا من هذا الباب فى فرع مشهور متعلق بالسماع وهو هل للاب أن يعفو عن نصف الصداق فى ابنته البكر أعنى اذا طلقت قبل الدخول وللسيد فى أمته فقال مالك ذلك له وقال أبو حنيفة والشافعى ليس ذلك له ✡ وسبب اختلافهم هو الاحتمال الذى فى قوله تعالى (إلا أن يعفون أو يعفو الذى بيده عقدة النكاح) وذلك

في لفظة يعفو فإنها تقال في كلام العرب مرة بمعنى تسقط ومرة بمعنى يهب وفي قوله الذى بيده عقدة النكاح على من يعود هذا الضمير هل على الولى أو على الزوج فمن قال على الزوج جعل يعفو بمعنى يهب ومن قال على الولى جعل يعفو بمعنى تسقط وشذ قوم فقالوا لكل ولى أن يعفو عن نصف الصداق الواجب للمرأة ويشبه أن يكون هذان الاحتمالان اللذان فى الآية على السواء لكن من جعله الزوج فلم يوجب حكما زائداً فى الآية أى شرعا زائدا لان جواز ذلك معلوم من ضرورة الشرع ومن جعله الولى إما الاب وإما غيره فقد زاد شرعا فلذلك يجب عليه أن يأتى بدليل يبين به أن الآية أظهر فى الولى منها فى الزوج وذلك شىء يعسر. والجمهور على أن المرأة الصغيرة والمحجورة ليس لها أن تهب من صداقها النصف الواجب لها وشذ قوم فقالوا يجوز أن تهب مصيرا لعموم قوله تعالى (الا أن يعفون) واختلفوا من هذا الباب فى المرأة إذا وهبت صداقها لزوجها ثم طلقت قبل الدخول فقال مالك ليس يرجع عليها بشىء وقال الشافعى يرجع عليها بنصف الصداق ❊ وسبب الخلاف هل النصف الواجب للزوج بالطلاق هو فى عين الصداق أو فى ذمة المرأة فمن قال فى عين الصداق قال لا يرجع عليها بشىء لانه قد قبض الصداق كله ومن قال هو فى ذمة المرأة قال يرجع وإن وهبته له كما لو وهبت له غير ذلك من مالها وفرق أبو حنيفة فى هذه المسئلة بين القبض ولا قبض فقال ان قبضت فله النصف وان لم تقبض حتى وهبت فليس له شىء كأنه رأى ان الحق فى العين ما لم يقبض فاذا قبضت صار فى الذمة .

(الموضع الرابع فى التفويض) وأجمعوا على أن نكاح التفويض جائز وهو أن يعقد النكاح دون صداق لقوله تعالى « لاجناح عليكم ان طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة) واختلفوا من ذلك فى موضعين ؛ أحدهما اذا طلبت الزوجة فرض الصداق، واختلفا فى القدر، والموضع الثانى اذا مات الزوج ولم يفرض هل لها صداق أم لا

(فاما المسئلة الاولى) وهى اذا قامت المرأة تطلب أن يفرض لها مهراً فقالت طائفة يفرض لها مهر مثلها وليس للزوج فى ذلك خيار فان طلق بعد الحكم فمن هؤلاء من قال لها نصف الصداق ومنهم من قال ليس لها شىء لان أصل الفرض لم يكن فى عقدة النكاح وهو قول أبى حنيفة وأصحابه. وقال مالك وأصحابه الزوج بين خيارات ثلاث اما ان يطلق ولا يفرض واما أن يفرض ما تطلبه المرأة به واما أن يفرض صداق المثل ويلزمها ❊ وسبب اختلافهم أعنى بين من يوجب مهر المثل عن غير خيار للزوج اذا طلق بعد طلبها الفرض ومن لا يوجبه

اختلافهم في مفهوم قوله تعالى (لا جناح عليكم ان طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة) هل هذا محمول على العموم فى سقوط الصداق سواء كان سبب الطلاق اختلافهم في فرض الصداق أو لم يكن الطلاق سببه الخلاف في ذلك وأيضا فهل يفهم من رفع الجناح عن ذلك سقوط المهر فى كل حال أولا يفهم ذلك فيه احتمال وان كان الأظهر سقوطه في كل حال لقوله تعالى (ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره)ولاخلاف أعلمه في انه اذا طلق ابتداء انه ليس عليه شيء وقد كان يجب على من أوجب لها المتعة مع شطر الصداق اذا طلق قبل الدخول في نكاح غير التفويض وأوجب لها مهر المثل في نكاح التفويض أن يوجب لها مع المتعة فيه شطر مهر المثل لان الآية لم تتعرض بمفهومها لاسقاط الصداق في نكاح التفويض وانما تعرضت لاباحة الطلاق قبل الفرض فان كان يوجب نكاح التفويض مهر المثل اذا طلب فواجب أن يتشطر اذا وقع الطلاق كما يتشطر في المسمى ولهذا قال مالك انه ليس يلزم فيه مهر المثل مع خيار الزوج .

(وأما المسئلة الثانية) وهي اذا مات الزوج قبل تسمية الصداق وقبل الدخول بها فان مالكا وأصحابه والأوزاعى قالوا ليس لها صداق ولها المتعة والميراث وقال أبو حنيفة لها صداق المثل والميراث وبه قال أحمد وداود وعن الشافعي القولان جميعا الا أن المنصور عند أصحابه هو مثل قول مالك ✡ وسبب اختلافهم معارضة القياس للأثر أما الاثر فهو ما روى عن ابن مسعود انه سئل عن هذه المسئلة فقال أقول فيها برأيي فان كان صوابا فمن الله وان كان خطأ فمنى أرى لها صداق امرأة من نسائها لا وكس ولا شطط وعليها العدة ولها الميراث فقام معقل بن يسار الاشجعي فقال أشهد لقضيت فيها بقضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم في بروع بنت واشق خرجه أبو داود والنسائي والترمذى وصححه . واما القياس المعارض لهذا فهو أن الصداق عوض فلما لم يقبض المعوض لم يجب العوض قياسا على البيع وقال المزنى عن الشافعى في هذه المسئلة ان ثبت حديث بروع فلاحجة فى قول أحد مع السنة والذى قاله هو الصواب والله أعلم .

✡(الموضع الخامس في الاصدقة الفاسدة) ✡

والصداق يفسد اما لعينه واما لصفة فيه من جهل أو غرر. فالذى يفسد لعينه فمثل الخمر والخنزير وما لايجوز أن يتملك والذى يفسد من قبل الغرر والجهل فالاصل فيه تشبيهه بالبيوع وفى ذلك خمس مسائل مشهورة .

(المسئلة الاولى) اذا كان الصداق خمرا أو خنزيرا أو ثمرة لم يبد صلاحها أو بعيرا شاردا فقال أبو حنيفة العقد صحيح اذا وقع وفيه مهر المثل وعن مالك فى ذلك روايتان : احداهما فساد العقد وفسخه قبل الدخول وبعده وهو قول أبى عبيد ، والثانية انه ان دخل ثبت ولها صداق المثل * وسبب اختلافهم هل حكم النكاح في ذلك حكم البيع أم ليس كذلك فمن قال حكمه حكم البيع قال يفسد النكاح بفساد الصداق كما يفسد البيع بفساد الثمن ومن قال ليس من شرط صحة عقد النكاح صحة الصداق بدليل أن ذكر الصداق ليس شرطا فى صحة العقد قال يمضى النكاح ويصحح بصداق المثل والفرق بين الدخول وعدمه ضعيف والذى تقتضيه أصول مالك أن يفرق بين الصداق المحرم العين وبين المحرم لصفة فيه قياسا على البيع ولست أذكر الآن فيه نصا .

(المسئلة الثانية) واختلفوا اذا اقترن بالمهر بيع مثل أن تدفع اليه عبدا ويدفع الف درهم عن الصداق وعن ثمن العبد ولا يسمى الثمن من الصداق فمنعه مالك وا بن القاسم وبه قال أبو ثور وأجازه أشهب وهو قول أبى حنيفة وفرق عبد الله فقال ان كان الباقى بعد البيع ربع دينار فصاعدا بامر لايشك فيه جاز . واختلف فيه قول الشافعى فمرة قال ذلك جائز ومرة قال فيه مهر المثل * وسبب اختلافهم هل النكاح فى ذلك شبيه بالبيع أم ليس بشبيه فمن شبهه فى ذلك بالبيع منعه ومن جوز فى النكاح من الجهل مالا يجوز فى البيع قال يجوز .

(المسئلة الثالثة) واختلف العلماء فيمن نكح امرأة واشترط عليه فى صداقها حباء يحبى به الاب على ثلاثة أقوال ؛ فقال أبو حنيفة وأصحابه الشرط لازم والصداق صحيح ، وقال الشافعى المهر فاسد ولها صداق المثل وقال مالك اذا كان الشرط عند النكاح فهو لابنته وان كان بعد النكاح فهو له * وسبب اختلافهم تشبيه النكاح فى ذلك بالبيع فمن شبهه بالوكيل يبيع السلعة ويشترط لنفسه حباء قال لايجوز النكاح كما لايجوز البيع ومن جعل النكاح فى ذلك مخالفاً للبيع قال يجوز . وأما تفريق مالك فلانه اتهمه اذا كان الشرط فى عقد النكاح ان يكون ذلك الذى اشترطه لنفسه نقصانا من صداق مثلها ولم يتهمه اذا كان بعد انعقاد النكاح والاتفاق على الصداق وقول مالك هو قول عمر بن عبد العزيز والثورى وأبى عبيد وخرج النسائى وأبو داود وعبد الرزاق عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : أيما امرأة نكحت على حباء قبل عصمة النكاح فهو لها وما كان بعد عصمة النكاح فهو لمن أعطيه وأحق ما أكرم الرجل عليه ابنته وأخته وحديث عمرو بن شعيب

مختلف فيه من قبل انه صحفه ولكنه نص في قول مالك وقال أبوعمر بن عبدالبر اذا روته الثقات وجب العمل به ،

(المسئلة الرابعة) واختلفوا في الصداق يستحق أو يوجد به عيب فقال الجمهور النكاح ثابت . واختلفوا هل يرجع بالقيمة أوبالمثل أو بمهرالمثل واختلف في ذلك قول الشافعي فقال مرة بالقيمة وقال مرة بمهر المثل وكذلك اختلف المذهب في ذلك فقيل يرجع بالقيمة وقيل يرجع بالمثل قال أبوحسن اللخمي ولو قيل يرجع بالاقل من القيمة أو صداق المثل لكان ذلك وجها وشذ سحنون فقال النكاح فاسد ومبنى الخلاف هل يشبه النكاح في ذلك البيع أولايشبهه فمن شبهه قال ينفسخ ومن لم يشبهه قال لاينفسخ .

(المسئلة الخامسة) واختلفوا في الرجل ينكح المرأة على ان الصداق الف ان لم يكن له زوجة وان كانت له زوجة فالصداق الفان فقال الجمهور بجوازه واختلفوا في الواجب في ذلك فقال قوم الشرط جائز ولها من الصداق بحسب مااشترط وقالت طائفة لها مهر المثل وهو قول الشافعي وبه قال أبو ثور الا انه قال ان طلقها قبل الدخول لم يكن لها الا المتعة وقال أبو حنيفة ان كانت له امرأة فلها الف درهم وان لم تكن له امرأة فلها مهر مثلها مالم يكن أكثر من الالفين أو أقل من الالف ويتخرج في هذا قول ان النكاح مفسوخ لمكان القدر ولست أذكر الآن نصا فيها في المذهب فهذه مشهور مسائلهم في هذا الباب وفروعه كثيرة ،واختلفوا فيما يعتبر به فهو المثل اذا قضى به في هذه المواضع وما أشبهها فقال مالك يعتبر في جمالها ونصابها ومالها وقال الشافعي يعتبر بنساء عصبتها فقط وقال أبو حنيفة يعتبر في ذلك نساء قرابتها من العصبة وغيرهم ومبنى الخلاف هل المماثلة في المنصب فقط أو في المنصب والمال والجمال لقوله عليه الصلاة والسلام : تنكح المرأة لدينها وجمالها وحسبها الحديث .

(الموضع السادس في اختلاف الزوجين في الصداق) واختلافهم لايخلو ان يكون في القبض أو في القدر أو في الجنس أوفي الوقت أعني وقت الوجوب . فأما اذا اختلفا في القدر فقالت المرأة مثلا بمائتين وقال الزوج بمائة فان الفقهاء اختلفوا في ذلك اختلافا كثيرا فقال مالك انه أن كان الاختلاف قبل الدخول وأتى الزوج بما يشبه والمرأة بما يشبه انهما يتحالفان ويتفاسخان وان حلف احدهما ونكل الآخر كان القول قول الحالف وان نكلا جميعا كان بمنزلة ما اذا حلفا جميعا ومن أتى بما يشبه منهما كان القول قوله وان كان الاختلاف بعد الدخول فالقول قول الزوج .وقالت طائفة القول قول الزوج

مع يمينه وبه قال ابو ثور وابن أبي ليلى وابن شبرمة وجماعة وقالت طائفة القول قول الزوجة الى مهر مثلها وقول الزوج فيما زاد على مهر مثلها ، وقالت طائفة اذا اختلفا تحالفا ورجع الى مهر المثل ولم ير الفسخ كمالك وهو مذهب الشافعي والثوري وجماعة وقد قيل انها ترد الى صداق المثل دون يمين مالم يكن صداق المثل أكثر مما ادعت وأقل مما ادعى هو واختلافهم مبني على اختلافهم في مفهوم قوله عليه الصلاة والسلام البينة على من ادعى واليمين على من انكر هل ذلك معلل أو غير معلل فمن قال معلل قال يحلف أبداً أقواهما شبهة فان استويا تحالفا وتفاسخا ومن قال غير معلل قال يحلف الزوج لأنها تقر له بالنكاح وجنس الصداق وتدعي عليه قدراً زائدا فهو مدعى عليه وقيل أيضا يتحالفان أبدا لأن كل واحد منهما مدعي عليه وذلك عند من لم يراع الاشباه والخلاف في ذلك في المذهب ومن قال القول قولها الى مهر المثل والقول قوله فيما زاد على مهر المثل رأى أنهما لايستويان أبداً في الدعوى بل يكون احدهما ولابد أقوى شبهة وذلك انه لايخلو دعواها من ان يكون فيما يعادل صداق مثلها فما دونه فيكون القول قولها فيكون فيما فوق ذلك فيكون القول قوله * وسبب اختلاف مالك والشافعي في التفاسخ بعد التحالف والرجوع الى صداق المثل هو هل يشبه النكاح بالبيع في ذلك أم ليس يشبهه فمن قال يشبه به قال بالتفاسخ ومن قال لايشبهه لأن الصداق ليس من شرط صحة العقد قال بصداق المثل بعد التحالف وكذلك من زعم من اصحاب مالك انه لايجوز لهما بعد التحالف ان يتراضيا على شيء ولا أن يرجع أحدهما الى قول الآخر ويرضى به فهو في غاية الضعف ومن ذهب الى هذا فانما يشبه باللعان وهو تشبيه ضعيف مع أن وجود هذا الحكم للعان مختلف فيه . وأما اذا اختلفا في القبض فقالت الزوجة لم أقبض وقال الزوج قد قبضت فقال الجمهور القول قول المرأة الشافعي والثوري واحمد وابو ثور، وقال مالك القول قولها قبل الدخول والقول قوله بعد الدخول ، وقال بعض أصحابه انما قال ذلك مالك لان العرف بالمدينة كان عندهم أن لا يدخل الزوج حتى يدفع الصداق فان كان بلد ليس فيه هذا العرف كان القول قولها ابداً والقول بأن القول قولها ابدا أحسن لانها مدعى عليها ولكن مالك راعى قوة الشبهة التي له اذا دخل بها الزوج واختلف أصحاب مالك اذا طال الدخول هل يكون القول قوله بيمين أو بغير يمين وبيمين احسن واما اذا اختلفا في جنس الصداق فقال هو مثلا زوجتك على هذا العبد وقالت هي زوجتك على هذا الثوب فالمشهور في المذهب انهما يتحالفان ويتفاسخان ان كان الاختلاف قبل البناء وان كان بعد البناء ثبت وكان لها صداق المثل مالم يكن اكثر مما ادعت أو اقل مما اعترف به وقال ابن

القصار يتحالفان قبل الدخول والقول قول الزوج بعد الدخول وقال اصبغ القول قول الزوج ان كان يشبه سواء اشبه قولها اولم يشبه فان لم يشبه قول الزوج فان كان قولها مشبهاً كان القول قولها وان لم يكن قولها مشبها تحالفا وكان لها صداق المثل وقول الشافعي في هذه المسئلة مثل قوله عند اختلافهم في القدر اعني يتحالفان ويتراجعان الى مهر المثل ❊ وسبب قول الفقهاء بالتفاسخ في البيع ستعرف اصله في كتاب البيوع ان شاء الله واما اختلافهم في الوقت فانه يتصور في الكالىء والذى يجيء على اصل قول مالك فيه في المشهور عنه ان القول في الاجل قول الغارم قياسا على البيع وفيه خلاف ويتصور ايضا متى يجب هل قبل الدخول اوبعده فمن شبه النكاح بالبيوع قال لايجب الا بعد الدخول قياسا على البيع اذ لايجب الثمن على المشترى الا بعد قبض السلعة ومن رأى ان الصداق عبادة تشترط في الجملة قال يجب قبل الدخول ولذلك استحب مالك ان يقدم الزوج قبل الدخول شيئا من الصداق .

❊ (الركن الثالث في معرفة محل العقد) ❊

وكل امرأة فانها تحل في الشرع بوجهين إما بنكاح أو بملك يمين. والموانع الشرعية بالجملة تنقسم اولا الى قسمين موانع مؤبدة وموانع غير مؤبدة والموانع المؤبدة تنقسم الى متفق عليها ومختلف فيها فالمتفق عليها ثلاث نسب وصهر ورضاع والمختلف فيها الزنا واللعان والغير مؤبدة تنقسم الى تسعة احدها مانع العدد ، والثانى مانع الجمع ،والثالث مانع الرق ،والرابع مانع الكفر والخامس مانع الاحرام،والسادس مانع المرض.والسابع مانع العدة على اختلاف في عدم تأبيده والثامن مانع التطليق ثلاثا للمطلق ؛ والتاسع مانع الزوجية ، فالموانع الشرعية بالجملة أربعة عشر مانعا ففى هذا الباب أربعة عشر فصلا .

(الفصل الاول في مانع النسب)

واتفقوا على أن النساء اللاتى يحرمن من قبل النسب السبع المذكورات في القرآن الامهات والبنات والاخوات والعمات والخالات وبنات الاخ وبنات الاخت. واتفقوا على أن الام ههنا اسم لكل أنثى لها عليك ولادة من جهة الام أو من جهة الاب والبنت اسم لكل أنثى لك عليها ولادة من قبل الابن أو من قبل البنت أو مباشرة . واما الاخت فهو اسم لكل أنثى شاركتك في أحد أصليك و بمجموعيهما أعنى الاب أو الام أو كليهما. والعمة اسم لكل أنثى هي أخت لابيك أو لكل ذكر له عليك ولادة . واما الخالة فهو اسم لاخت أمك أو أخت كل أنثى لها

عليك ولادة. وبنات الاخ اسم لكل أنثى لاخيك عليها ولادة من قبل أمها أو من قبل أبيها أو مباشرة. وبنات الاخت اسم لكل أنثى لاختك عليها ولادة مباشرة أو من قبل أمها أو من قبل أبيها فهؤلاء الاعيان السبع محرمات ولا خلاف أعلمه في هذه الجملة. والاصل فيها قوله تعالى (حرمت عليكم) الى آخر الآية وأجمعوا على أن النسب الذى يحرم الوطء بنكاح يحرم الوطء بملك اليمين.

(الفصل الثاني في المصاهرة)

وأما المحرمات بالمصاهرة فانهن أربع زوجات الآباء. والاصل فيه قوله تعالى (ولا تنكحوا مانكح آباؤكم من النساء) الآية وزوجات الابناء والاصل في ذلك أيضا قوله تعالى (وحلائل أبنائكم الذين من أصلابكم) وأمهات النساء أيضا والاصل في ذلك قوله تعالى (وأمهات نسائكم) وبنات الزوجات والاصل فيه قوله تعالى (وربائبكم اللاتى في حجوركم من نسائكم اللاتى دخلتم بهن) فهؤلاء الاربع اتفق المسلمون على تحريم اثنين منهن بنفس العقد وهو تحريم زوجات الآباء والابناء وواحدة بالدخول وهي ابنة الزوجة. واختلفوا منها في موضعين، أحدهما هل من شرطها أن تكون في حجر الزوج، والثانية هل تحرم بالمباشرة للام للذة أو بالوطء. وأما أم الزوجة فانهم اختلفوا هل تحرم بالوطء أو بالعقد على البنت فقط واختلفوا أيضا من هذا الباب في مسئلة رابعة وهي هل يوجب الزنا من هذا التحريم ما يوجبه النكاح الصحيح أو النكاح بشبهة فهنا أربع مسائل.

(المسئلة الاولى) وهي هل من شرط تحريم بنت الزوجة ان تكون في حجر الزوج أم ليس ذلك من شرطه فان الجمهور على أن ذلك ليس من شرط التحريم وقال داود ذلك من شرطه. ومبنى الخلاف هل قوله قوله تعالى (اللاتى في حجوركم) وصف له تأثير في الحرمة أوليس له تأثير وانما خرج مخرج الموجود الاكثر فمن قال خرج مخرج الموجود الاكثر وليس هو شرطا في الربائب اذ لا فرق في ذلك بين التى في حجره أو التى ليست في حجره قال تحرم الربيبة باطلاق ومن جعله شرطا غير معقول المعنى قال لا تحرم الا اذا كانت في حجره.

(المسئلة الثانية) وأما هل تحرم البنت بمباشرة الام فقط أو بالوطء فانهم اتفقوا على أن حرمتها بالوطء. واختلفوا فيما دون الوطء من اللمس والنظر الى الفرج لشهوة أو لغير شهوة هل ذلك يحرم أم لا فقال مالك والثورى وأبو حنيفة والاوزاعى والليث بن سعد ان اللمس لشهوة يحرم الام وهو أحد قولى

الشافعي وقال داود والمزني لا يحرمها الا الوطء وهو أحد قولي الشافعي المختار عنده. والنظر عند مالك كاللمس اذا كان نظر تلذذ الى أي عضو كان وفيه عنه خلاف ووافقه أبو حنيفة في النظر الى الفرج فقط وحمل الثوري النظر محمل اللمس ولم يشترط اللذة وخالفهم في ذلك ابن أبي ليلى والشافعي في أحد قوليه فلم يوجب في النظر شيأ وأوجب في اللمس ☆ ومبنى الخلاف هل المفهوم من اشتراط الدخول في قوله تعالى « اللاتي دخلتم بهن » الوطء أو التلذذ بما دون الوطء فان كان التلذذ فهل يدخل فيه النظر أم لا.

(المسئلة الثالثة) واما الام فذهب الجمهور من كافة فقهاء الامصار الى انها تحرم بالعقد على البنت دخل بها أولم يدخل وذهب قوم الى أن الام لا تحرم الا بالدخول على البنت كالحال في البنت أعني أنها لا تحرم الا بالدخول على الام وهو مروي عن علي وابن عباس رضي الله عنهما من طرق ضعيفة ومبنى الخلاف هل الشرط في قوله تعالى (اللاتي دخلتم بهن) يعود الى أقرب مذكور وهم الربائب فقط أو الى الربائب والامهات المذكورات قبل الربائب في قوله تعالى (وامهات نسائكم وربائبكم اللاتي في حجوركم من نسائكم اللاتي دخلتم بهن) فانه يحتمل ان يكون قوله اللاتي دخلتم بهن يعود على الامهات والبنات ويحتمل ان يعود الى اقرب مذكور وهم البنات. ومن الحجة للجمهور ما روى المثنى بن الصباح عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده ان النبي عليه الصلاة والسلام قال ايما رجل نكح امرأة فدخل بها او لم يدخل فلا تحل له امها.

(واما المسئلة الرابعة) فاختلفوا في الزنا هل يوجب من التحريم في هؤلاء مايوجب الوطء في نكاح صحيح أو شبهه اعني الذي يدرأ فيه الحد فقال الشافعي الزنا بالمرأة لايحرم نكاح امها ولابنتها ولا نكاح أبي الزاني لها ولا ابنه، وقال ابو حنيفة والثوري والاوزاعي يحرم الزنا مايحرم النكاح، واما مالك ففي الموطأ عنه مثل قول الشافعي انه لايحرم وروى عنه ابن القاسم مثل قول ابي حنيفة انه يحرم وقال سحنون واصحاب مالك يخالفون ابن القاسم فيها ويذهبون الى مافي الموطأ وقد روي عن الليث ان الوطء بشبهة لايحرم وهو شاذ ☆ وسبب الخلاف الاشتراك في اسم النكاح أعني في دلالته على المعنى الشرعي واللغوي فمن راعى الدلالة اللغوية في قوله تعالى (ولاتنكحوا مانكح آباؤكم) قال يحرم الزنا ومن راعى الدلالة الشرعية قال لايحرم الزنا ومن علل هذا الحكم بالحرمة التي بين الام والبنت وبين الاب والابن قال يحرم الزنا أيضا. ومن شبهه بالنسب قال لايحرم لاجماع الاكثر على ان النسب لايلحق بالزنا ، واتفقوا

فيما حكى ابن المنذر على أن الوطء بملك اليمين يحرم منه مايحرم الوطء بالنكاح ✡ واختلفوا في تأثير المباشرة في ملك اليمين كما اختلفوا في النكاح .

﴿ الفصل الثالث في مانع الرضاع ﴾

واتفقوا على ان الرضاع بالجملة يحرم منه مايحرم من النسب اعنى ان المرضعة تنزل منزلة الأم فتحرم على المرضع هى وكل من يحرم على الابن من قبل ام النسب ✡ واختلفوا من ذلك في مسائل كثيرة القواعد منها تسع . احداها في مقدار المحرم من اللبن . والثانية في سن الرضاع والثالثة في حال المرضع في ذلك الوقت عند من يشترط للرضاع المحرم وقتاً خاصاً والرابعة هل يعتبر فيه وصوله برضاع والتقام الثدى أولا يعتبر ✡ والخامسة هل يعتبر فيه المخالطة أم لا يعتبر ✡ والسادسة هل يعتبر الوصول من الحلق أولا يعتبر ✡ والسابعة هل ينزل صاحب اللبن أعنى الزوج من المرضع منزلة أب وهو الذى يسمونه لبن الفحل أم ليس ينزل منه بمنزلة أب ✡ والثامنة الشهادة على الرضاع ✡ والتاسعة صفة المرضعة .

(المسئلة الاولى) امامقدار المحرم من اللبن فان قوماً قالوا فيه بعدم التحديد وهو مذهب مالك وأصحابه وروى عن على وابن مسعود وهو قول ابن عمر وابن عباس وهؤلاء يحرم عندهم أى قدر كان وبه قال أبو حنيفة وأصحابه والثورى والأوزعى وقالت طائفة بتحديد القدر المحرم وهؤلاء انقسموا ثلاث فرق فقالت طائفة لاتحرم المصة ولا المصتان وتحرم الثلاث رضعات فما فوقها وبه قال ابوعبيد وأبوثور ، وقالت طائفة المحرم خمس رضعات وبه قال الشافعى وقالت طائفة عشر رضعات ✡ والسبب فى اختلافهم فى هذه المسئلة معارضة عموم الكتاب للاحاديث الواردة في التحديد ومعارضة الاحاديث في ذلك بعضها بعضا فاما عموم الكتاب فقوله تعالى (وأمهاتكم اللاتى أرضعنكم) الآية وهذا يقتضى ماينطلق عليه اسم الارضاع والاحاديث المتعارضة في ذلك راجعة الى حديثين في المعنى أحدهما حديث عائشة ومافي معناه انه قال عليه السلام : لاتحرم المصة ولا المصتان أو الرضعة والرضعتان خرجه مسلم من طريق عائشة ومن طريق أم الفضل ومن طريق ثالث وفيه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : لاتحرم الاملاجة ولا الاملاجتان : والحديث الثانى حديث سهلة في سالم انه قال لها النبى صلى الله عيه وسلم أرضعيه خمس رضعات وحديث عائشة فى هذا المعنى أيضا قالت كان فيما نزل من القرآن عشر رضعات معلومات ثم نسخن بخمس معلومات فتوفي رسول الله صلى الله عليه وسلم وهن مما يقرأ من القرآن فمن رجح ظاهر القرآن على هذه الاحاديث

قال تحرم المصة والمصتان ومن جعل الاحاديث مفسرة للآية وجمع بينها وبين الآية ورجح مفهوم دليل الخطاب في قوله عليه السلام : لاتحرم المصة ولا المصتان على مفهوم دليل الخطاب في حديث سالم قال الثلاثة فمافوقها هي التي تحرم وذلك أن دليل الخطاب في قوله : لاتحرم المصة ولا المصتان يقتضي أن مافوقها يحرم ودليل الخطاب في قوله : أرضعيه خمس رضعات يقتضي أن مادونها لايحرم والنظر في ترجيح أحد دليلي الخطاب .

(المسئلة الثانية) واتفقوا على أن الرضاع يحرم في الحولين. واختلفوا في رضاع الكبير فقال مالك وأبو حنيفة والشافعي وكافة الفقهاء لايحرم رضاع الكبير ،وذهب داود وأهل الظاهر الى انه يحرم وهو مذهب عائشة ومذهب الجمهور هو مذهب ابن مسعود وابن عمر وأبي هريرة وابن عباس وسائر أزواج النبي عليه السلام * وسبب اختلافهم تعارض الآثار في ذلك وذلك انه ورد في ذلك حديثان . أحدهما حديث سالم وقد تقدم • والثاني حديث عائشة خرجه البخاري ومسلم قالت : دخل رسول الله صلى الله عليه وسلم وعندي رجل فاشتد ذلك عليه ورأيت الغضب في وجهه فقلت يارسول الله انه أخي من الرضاعة فقال عليه الصلاة والسلام : انظرن من اخوانكن من الرضاعة فان الرضاعة من المجاعة فمن ذهب الى ترجيح هذا الحديث قال لايحرم اللبن الذي لايقوم للمرضع مقام الغذاء الا ان حديث سالم نازلة في عين وكان سائر أزواج النبي صلى الله عليه وسلم يرون ذلك رخصة لسالم ومن رجح حديث سالم وعلل حديث عائشة لانها لم تكن تعمل به قال يحرم رضاع الكبير .

(المسئلة الثالثة) واختلفوا اذا استغنى المولود بالغذاء قبل الحولين وفطم ثم أرضعته امرأة فقال مالك لايحرم ذلك الرضاع . وقال أبو حنيفة والشافعي تثبت الحرمة به * وسبب اختلافهم اختلافهم في مفهوم قوله عليه الصلاة والسلام : فانما الرضاعة من المجاعة فانه يحتمل أن يريد بذلك الرضاع الذي يكون في سن المجاعة كيفما كان الطفل وهو سن الرضاع ويحتمل أن يريد اذا كان الطفل غير مفطوم فان فطم في بعض الحولين لم يكن رضاع من المجاعة فالاختلاف آيل الى أن الرضاع الذي سببه المجاعة والافتقار الى اللبن هل يعتبر فيه الافتقار الطبيعي للاطفال وهو الافتقار الذي سببه سن الرضاع أو افتقار المرضع نفسه وهو الذي يرتفع بالفطم ولكنه موجود بالطبع والقائلون بتأثير الارضاع في مدة الرضاع سواء من اشترط منهم الفطام أو لم يشترطه اختلفوا في هذه المدة فقال هذه المدة حولان فقط وبه قال زفر واستحسن مالك التحريم في الزيادة اليسيرة على العامين وفي قول الشهر عنه وفي قول عنه الى ثلاثة.

أشهر وقال أبوحنيفة حولان وستة شهور * وسبب اختلافهم مايظن من معارضة آية الرضاع لحديث عائشة المتقدم وذلك أن قوله تعالى (والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين) يوهم ان ما زاد على هذين الحولين ليس هو رضاع مجاعة من اللبن وقوله عليه الصلاة والسلام : انما الرضاعة من المجاعة يقتضى عمومه ان ما دام الطفل غذاؤه اللبن ان ذلك الرضاع محرم .

(المسئلة الرابعة) وأما هل يحرم الوجور واللدود وبالجملة ما يصل الى الحلق من غير رضاع فان مالكا قال يحرم الوجور واللدود وقال عطاء وداود لايحرم * وسبب اختلافهم هل المعتبر وصول اللبن كيفما وصل الى الجوف أو وصوله على الجهة المعتادة فمن راعى وصوله على الجهة المعتادة وهو الذى ينطلق عليه اسم الرضاع قال لا يحرم الوجور ولا اللدود ومن راعى وصول اللبن الى الجوف كيفما وصل قال يحرم .

(المسئلة الخامسة) وأما هل من شرط اللبن المحرم اذا وصل الى الحلق أن يكون غير مخالط لغيره فانهم اختلفوا في ذلك أيضا فقال ابن القاسم اذا استهلك اللبن في ماء أو غيره ثم سقيه الطفل لم تقع الحرمة وبه قال ابو حنيفة وأصحابه . وقال الشافعى وابن حبيب ومطرف وابن الماجشون من اصحاب مالك تقع به الحرمة بمنزلة مالو انفرد اللبن او كان مختلطا لم تذهب عينه * وسبب اختلافهم هل يبقى للبن حكم الحرمة اذا اختلط بغيره أم لايبقى به حكمها كالحال في النجاسة اذا خالطت الحلال الطاهر والأصل المعتبر في ذلك انطلاق اسم اللبن عليه كالماء هل يطهر اذا خالطه شيء طاهر .

(المسئلة السادسة) وأما هل يعتبر فيه الوصول الى الحلق أولا يعتبر فانه يشبه أن يكون هذا هو سبب اختلافهم في السعوط باللبن والحقنة به ويشبه أن يكون اختلافهم في ذلك لموضع الشك هل يصل اللبن من هذه الاعضاء أولا يصل .

(المسئلة السابعة) وأما هل يصير الرجل الذى له اللبن أعنى زوج المرأة أبا للمرضع حتى يحرم بينهما ومن قبلهما مايحرم من الآباء والابناء الذين من النسب وهي التى يسمونها لبن الفحل فانهم اختلفوا في ذلك فقال مالك وأبو حنيفة والشافعى واحمد والاوزاعى والثورى لبن الفحل يحرم وقالت طائفة لايحرم لبن الفحل وبالاول قال على وابن عباس وبالقول الثانى قالت عائشة وابن الزبير وابن عمر * وسبب اختلافهم معارضة ظاهر الكتاب لحديث عائشة المشهور أعنى آية الرضاع وحديث عائشة هو قالت جاء أفلح أخو ابى القعيس يستأذن على بعد أن أنزل الحجاب فابيت أن آذن له وسألت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال انه

عمك فاذني له فقلت يارسول الله انما ارضعتني المرأة ولم يرضعني الرجل فقال انه عمك فليلج عليك خرجه البخارى ومسلم ومالك فمن رأى ان ما في هذا الحديث شرع زائد على ما في الكتاب وهو قوله تعالى (وأمهاتكم اللاتى ارضعنكم واخواتكم من الرضاعة) وعلى قوله صلى الله عليه وسلم : يحرم من الرضاعة ما يحرم من الولادة قال لبن الفحل محرم ومن رأى ان آية الرضاع وقوله يحرم من الرضاعة ما يحرم من الولادة انما ورد على جهة التأصيل لحكم الرضاع اذ لا يجوز تأخير البيان عن وقت الحاجة قال ذلك الحديث ان عمل بمقتضاه أوجب أن يكون ناسخاً لهذه الاصول لان الزيادة المغيرة للحكم ناسخة مع أن عائشة لم يكن مذهبها التحريم بلبن الفحل وهي الراوية للحديث ويصعب رد الاصول المنتشرة التى بقصد بها التأصيل والبيان عند وقت الحاجة بالاحاديث النادرة وبخاصة التى تكون في عين ولذلك قال عمر رضى الله عنه فى حديث فاطمة بنت قيس : لا نترك كتاب الله لحديث امرأة

(المسئلة الثامنة) وأما الشهادة على الرضاع فان قوماً قالوا لا تقبل فيه الا شهادة امرأتين وقوم قالوا لا تقبل فيه الا شهادة أربع وبه قال الشافعى وعطاء وقوم قالوا تقبل فيه شهادة امرأة واحدة والذين قالوا تقبل فيه شهادة امرأتين منهم من اشترط فى ذلك فشو قولهما بذلك قبـــل الشهادة وهو مذهب مالك وابن القاسم ومنهم من لم يشترطه وهو قول مطرف وابن الماجشون والذين أجازوا أيضاً شهادة امرأة واحدة منهم من لم يشترط فشو قولها قبل الشهادة وهو مذهب أبى حنيفة ومنهم من إشترط ذلك وهى رواية عن مالك وقد روى عنه انه لا تجوز فيه شهادة أقل من اثنين ☆ والسبب في اختلافهم أما بين الاربع والاثنتين فاختلافهم في شهادة النساء هل عديل كل رجل هو امرأتان فيما ليس يمكن فيه شهادة الرجل أو يكفى في ذلك امرأتان وستأتى هـــذه المسئلة في كتاب الشهادات ان شاء الله تعالى . وأما اختلافهم في قبول شهادة المرأة الواحدة فمخالفة الاثر الوارد في ذلك للاصل المجمع عليه أعنى انه لا يقبل من الرجال أقل من اثنين وأن حال النساء فى ذلك إما أن يكون أضعف من حال الرجال وإما أن تكون أحوالهم في ذلك مساوية للرجال والاجماع منعقد على انه لا يقضى بشهادة واحدة والامر الوارد في ذلك هو حـــديث عقبة بن الحارث قال يارسول الله إنى تزوجت امرأة فأتت امرأة فقالت قد أرضعتكما فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم كيف وقد قيل دعها عنك وحمل بعضهم هذا الحديث على الندب جمعاً بينه وبين الاصول وهو أشبه وهى رواية عن مالك

(المسئلة التاسعة) واما صفة المرضعة فانهم اتفقوا على انه يحرم لبن كل امرأة بالغ وغير بالغ

واليائسة من المحيض كان لها زوج أولم يكن حاملا كانت أوغير حامل وشذ بعضهم فأوجب حرمة للبن الرجل وهذا غير موجود فضلا عن أن يكون له حكم شرعى وان وجد فليس لبنا الا باشتراك الاسم. واختلفوا من هذا الباب في لبن الميتة * وسبب الخلاف هل يتناولها العموم أولا يتناولها ولا لبن للميتة ان وجد لها الا باشتراك الاسم ويكاد أن تكون مسئلة غير واقعة فلا يكون لها وجود الا في القول .

(الفصل الرابع في مانع الزنا)

واختلفوا في زواج الزانية فأجازها الجمهور ومنعها قوم * وسبب اختلافهم اختلافهم في مفهوم قوله تعالى (والزانية لا ينكحها الا زان أومشرك وحرم ذلك على المؤمنين) هل خرج مخرج الذم أو مخرج التحريم وهل الاشارة في قوله وحرم ذلك على المؤمنين الى الزنا أوالى النكاح وانما صار الجمهور لحمل الآية على الذم لا على التحريم لما جاء في الحديث ان رجلا قال للنبي صلى الله عليه وسلم فى زوجته انها لا ترد يد لامس فقال النبي عليه الصلاة والسلام: طلقها فقال له انى احبها فقال له فامسكها وقال قوم أيضا ان الزنا يفسخ النكاح بناء على هذا الاصل وبه قال الحسن . واما زواج الملاعنة من زوجها الملاعن فسنذكرها في كتاب اللعان .

الفصل الخامس في مانع العدد

واتفق المسلمون على جواز نكاح أربعة من النساء معا وذلك للاحرار من الرجال واختلفوا في موضعين في العبيد وفيما فوق الاربع أما العبيد فقال مالك في المشهور عنه يجوز له أن ينكح أربعا وبه قال أهل الظاهر وقال أبو حنيفة والشافعى لا يجوز له الجمع الا بين اثنين فقط * وسبب اختلافهم هل العبودية لها تأثير في اسقاط هذا العدد كما لها تأثير في اسقاط نصف الحد الواجب على الحر في الزنا وكذلك في الطلاق عند من رأى ذلك وذلك أن المسلمين اتفقوا على تنصيف حده في الزنا أعنى ان حده نصف حد الحر . واختلفوا في غير ذلك واما ما فوق الاربع فان الجمهور على انه لا تجوز الخامسة لقوله تعالى (فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع) ولما روى عنه عليه الصلاة والسلام انه قال لغيلان لما أسلم وتحته عشر نسوة . أمسك اربعا وفارق سائرهن وقالت فرقة يجوز تسع ويشبه أن يكون من اجاز التسع ذهب مذهب الجمع فى الآية المذكورة اعنى جمع الاعداد فى قوله تعالى (مثنى وثلاث ورباع) .

الفصل السادس في مانع الجمع

واتفقوا على أنه لا يجمع بين الاختين بعقد نكاح لقوله تعالى (وان تجمعوا بين الاختين) واختلفوا في الجمع بينهما بملك اليمين والفقهاء على منعه وذهبت طائفة الى اباحة ذلك ✲ وسبب اختلافهم معارضة عموم قوله تعالى (وأن تجمعوا بين الاختين) لعموم الاستثناء في آخر الآية وهو قوله تعالى (الا ما ملكت ايمانكم) وذلك ان هذا الاستثناء يحتمل ان يعود لاقرب مذكور ويحتمل ان يعود لجميع ما تضمنته الآية من التحريم الا ما وقع الاجماع على أنه لا تأثير له فيه فيخرج من عموم قوله تعالى (وان تجمعوا بين الاختين) ملك اليمين ويحتمل أن لا يعود الا الى اقرب مذكور فيبقى قوله وان تجمعوا بين الاختين على عمومه ولاسيما ان عللنا ذلك بعلة الاخوة او بسبب موجود فيهما. واختلف الذين قالوا بالمنع في ملك اليمين اذا كانت احداهما بنكاح والاخرى بملك اليمين فمنعه مالك وابو حنيفة واجازه الشافعي. وكذلك اتفقوا فيما اعلم على تحريم الجمع بين المرأة وعمتها وبين المرأة وخالتها لثبوت ذلك عنه عليه الصلاة والسلام من حديث ابى هريرة وتواتره عنه عليه الصلاة والسلام من انه قال عليه الصلاة والسلام : لا يجمع بين المرأة وعمتها ولا بين المرأة وخالتها واتفقوا على ان العمة ههنا هي كل أنثى هي اخت لذكر له عليك ولادة اما بنفسه واما بواسطة ذكر آخر وان الخالة هي كل أنثى هي أخت لكل أنثى لها عليك ولادة اما بنفسها وأما بتوسط أنثى غيرها وهن الحرات من قبل الام. واختلفوا هل هذا من باب الخاص أريد به الخاص أم هو من باب الخاص أريد به العام والذين قالوا هو من باب الخاص أريد به العام اختلفوا أي عام هو المقصود به فقال قوم وهم الاكثر وعليه الجمهور من فقهاء الامصار هو خاص أريد به الخصوص فقط وان التحريم لا يتعدى الى غير من نص عليه وقال قوم هو خاص والمراد به العموم وهو الجمع بين كل امرأتين بينهما رحم محرمة أو غير محرمة فلا يجوز الجمع عند هؤلاء بين ابنتي عم أو عمة ولا بين ابنتي خال أو خالة ولا بين المرأة وبنت عمها أو بنت عمتها ولا بينها وبين بنت خالتها وقال قوم انما يحرم الجمع بين كل امرأتين بينهما قرابة محرمة أعنى لو كان أحدهما ذكراً والآخر انثى لم يجز لهما ان يتناكحا ومن هؤلاء من اشترط في هذا المعنى ان يعتبر هذا من الطرفين جميعاً أعنى اذا جعل كل واحد منهما ذكراً والآخر أنثى فلم يجز لهما أن يتناكحا فهؤلاء لا يحل الجمع بينهما. واما ان جعل في أحد الطرفين ذكر يحرم التزويج ولم يحرم من الطرف الآخر فان الجمع يجوز كالحال في الجمع بين امرأة الرجل وابنته من غيرها فانه ان وضعنا البنت ذكرا لم يحل

نكاح المرأة منه لانها زوج أبيه وان جعلنا المرأة ذكرا حل لها نكاح ابنة الزوج لانها تكون ابنة لاجنبي وهذا القانون هو الذى اختاره أصحاب مالك وأولئك يمنعون الجمع بين زوج الرجل وابنته من غيرها.

(الفصل السابع فى موانع الرق)

واتفقوا على أنه يجوز للعبد ان ينكح الامة وللحرة أن تنكح العبد اذا رضيت بذلك هي وأولياؤها. واختلفوا في نكاح الحر الامة فقال قوم يجوز باطلاق وهو المشهور من مذهب ابن القاسم وقال قوم لايجوز الا بشرطين ، عدم الطول ، وخوف العنت وهو المشهور من مذهب مالك وهو مذهب أبى حنيفة والشافعى * والسبب في اختلافهم معارضة دليل الخطاب فى قوله تعالى (ومن لم يستطع منكم طولا أن ينكح) الآية لعموم قوله (وأنكحوا الايامى منكم والصالحين) الآية وذلك ان مفهوم دليل الخطاب فى قوله تعالى (ومن لم يستطع منكم طولا) الاية يقتضى أنه لايحل نكاح الامة الا بشرطين , أحدهما عدم الطول الى الحرة ، والثانى خوف العنت وقوله تعالى (وأنكحوا الايامى منكم) يقتضي بعمومه انكاحهن من حر أوعبد واجدا كان الحر أوغير واجد خائفا للعنت أوغير خائف لكن دليل الخطاب أقوى ههنا والله أعلم من العموم لان هذا العموم لم يعرض فيه الى صفات الزوج المشترطة فى نكاح الاماء وانما المقصود به الامر بانكاحهن والا يجبرن على النكاح وهو أيضا محمول على الندب عند الجمهور مع مافي ذلك من ارقاق الرجل ولده. واختلفوا من هذا الباب في فرعين مشهورين أعنى الذين لم يجزوا النكاح الا بالشرطين المنصوص عليهما ، أحدهما اذا كانت تحته حرة هل هي طول أو ليست بطول فقال أبو حنيفة هي طول وقال غيره ليست بطول وعن مالك في ذلك القولان ، والمسئلة الثانية هل يجوز لمن وجد فيه هذان الشرطان نكاح أكثر من أمة واحدة ثلاث أو أربع او ثنتان فمن قال اذا كانت تحته حرة فليس يخاف العنت لانه غير عزب قال اذا كانت تحته حرة لم يجز له نكاح الامة ومن قال خوف العنت انما يعتبر باطلاق سواء كان عزبا أومتأهلا لانه قد لاتكون الزوجة الاولى مانعة من العنت وهو لايقدر على حرة تمنعه من العنت فله أن ينكح امة لان حاله مع هذه الحرة في خوف العنت كحاله قبلها وبخاصة اذا خشى العنت من الامة التى يريد نكاحها وهذا بعينه هو السبب فى اختلافهم هل ينكح أمة ثانية على الامة الاولى اولا ينكحها وذلك ان من اعتبر خوف العنت مع كونه عزبا اذا كان

الخوف على العزب أكثر قال لاينكح أكثر من أمة واحدة ومن اعتبره مطلقا قال ينكح أكثر من أمة واحدة وكذلك يقول انه ينكح على الحرة واعتباره مطلقا فيه نظر واذا قلنا ان له ان يتزوج على الحرة أمة فتزوجها بغير اذنها فهل لها الخيار في البقاء معه أوفى فسخ النكاح اختلف فى ذلك قول مالك . واختلفوا اذا وجد طولا بحرة هل يفارق الامة أم لا ولم يختلفوا انه اذا ارتفع عنه خوف العنت انه لايفارقها أعنى أصحاب مالك . واتفقوا من هذا الباب على أنه لايجوز ان تنكح المرأة من ملكته وانها اذا ملكت زوجها انفسخ النكاح .

(الفصل الثامن في مانع الكفر)

واتفقوا على أنه لايجوز للمسلم ان ينكح الوثنية لقوله تعالى (ولا تمسكوا بعصم الكوافر) واختلفوا فى نكاحها بالملك على انه يجوز أن ينكح الكتابية الحرة الا ماروى فى ذلك عن ابن عمر . واختلفو فى احلال الكتابية الامة بالنكاح واتفقوا على احلالها بملك اليمين ✡ والسبب فى اختلافهم فى نكاح الوثنيات بملك اليمين معارضة عموم قوله تعالى (ولا تمسكوا بعصم الكوافر) وعموم قوله تعالى (ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن) لعموم قوله (والمحصنات من النساء إلا ماملكت أيمانكم) وهن المسبيات وظاهر هذا يقتضى العموم سواء كانت مشركة أو كتابية والجمهور على منعها وبالجواز قال طاوس ومجاهد ومن الحجة لهم ماروى من نكاح المسبيات فى غزوة أو طاس اذ استأذنوه في العزل فأذن لهم وانما صار الجمهور لجواز نكاح الكتابيات الاحرار بالعقد لان الاصل بناء الخصوص على العموم اعنى ان قوله تعالى « والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب » هو خصوص وقوله (ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن) هو عموم فاستثنى الجمهور الخصوص من العموم ومن ذهب الى تحريم ذلك جعل العام ناسخاً للخاص وهو مذهب بعض الفقهاء وانما اختلفوا فى احلال الامة الكتابية بالنكاح لمعارضة العموم في ذلك القياس وذلك ان قياسها على الحرة يقتضى اباحة تزويجها وباقى العموم اذا استثنى منه الحرة يعارض ذلك لانه يوجب تحريمها على قول من يرى أن العموم اذا خصص بقى الباقى على عمومه فمن خصص العموم الباقى بالقياس أو لم ير الباقى من العموم المخصص عموما قال يجوز نكاح الامة الكتابية ومن رجح باقى العموم بعد التخصيص على القياس قال لايجوز نكاح الامة الكتابية وهنا أيضا سبب آخر لاختلافهم وهو معارضة دليل الخطاب للقياس وذلك ان قوله تعالى (من فتياتكم

المؤمنات) يوجب أن لا يجوز نكاح الامة الغير مؤمنة بدليل الخطاب وقياسها على الحرة يوجب ذلك والقياس من كل جنس يجوز فيه النكاح بالتزويج ويجوز فيه النكاح بملك اليمين أصله المسلمات، والطائفة الثانية ان ثم لم يجز نكاح الامة المسلمة بالتزويج الا بشرط فاحرى ان لا يجوز نكاح الامة الكتابية بالتزويج وانما اتفقوا على احلالها بملك اليمين لعموم قوله تعالى (إلا ماملكت أيمانكم) ولا جماعهم على أن السبي يحل المسبية الغير متزوجة وانما اختلفوا في المتزوجة هل يهدم السبي نكاحها وان هدم فمتى يهدم فقال قوم ان سبيا معا أعني الزوج والزوجة لم يفسخ نكاحهما وان سبي أحدهما قبل الآخر انفسخ النكاح وبه قال أبو حنيفة ؛ وقال قوم بل السبي يهدم سبيا معاً أو سبي أحدهما قبل الآخر وبه قال الشافعي، وعن مالك قولان أحدهما ان السبي لا يهدم النكاح أصلا والثاني انه يهدم بالطلاق مثل قول الشافعي ✡ والسبب في اختلافهم هل يهدم أولا يهدم هو تردد المسترقين الذين امنوا من القتل بين نساء الذميين أهل العهد وبين الكافرة التي لا زوج لها أو المستاجرة من كافر واما تفريق أبي حنيفة بين ان يسبيا معاوبين ان يسبي أحدهما فلان المؤثر عنده في الاحلال هو اختلاف الدار بهما لا الرق والمؤثر في الاحلال عند غيره هو الرق وانما النظر هل هو الرق مع الزوجية أو مع عدم الزوجية والاشبه أن لا يكون للزوجية ههنا حرمة لان محل الرق وهو الكفر هو سبب الاحلال وأما تشبيهها بالذمية فبعيد لان الذمي انما أعطى الجزية بشرط أن يقر على دينه فضلا عن نكاحه.

الفصل التاسع في مانع الاحرام

واختلفوا في نكاح المحرم فقال مالك والشافعي والليث والاوزاعي وأحمد لا ينكح المحرم ولا ينكح فان فعل فالنكاح باطل وهو قول عمر بن الخطاب وعلي وابن عمر وزيد بن ثابت وقال أبو حنيفة لا بأس بذلك ✡ وسبب اختلافهم تعارض النقل في هذا الباب فنها حديث ابن عباس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم : نكح ميمونة وهو محرم وهو حديث ثابت النقل خرجه أهل الصحيح وعارضه أحاديث كثيرة عن ميمونة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم : تزوجها وهو حلال قال ابو عمر رويت عنها من طرق شتى من طريق أبي رافع ومن طريق سليمان بن يسار وهو مولاها وعن يزيد بن الاصم وروى مالك أيضا من حديث عثمان بن عفان مع هذا أنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : لا ينكح المحرم ولا ينكح ولا يخطب فمن رجح هذه الاحاديث

على حديث ابن عباس قال لا ينكح المحرم ولا ينكح ومن رجح حديث ابن عباس أو جمع بينه وبين حديث عثمان بن عفان بأن حمل النهي الوارد في ذلك على الكراهية قال ينكح وينكح وهذا راجع الى تعارض الفعل والقول والوجه الجمع أو تغليب القول .

(الفصل العاشر في مانع المرض)

واختلفوا في نكاح المريض فقال أبو حنيفة والشافعي يجوز وقال مالك في المشهور عنه أنه لا يجوز ويتخرج ذلك من قوله أنه يفرق بينهما وان صح ويتخرج من قوله أيضا انه لا يفرق بينهما ان التفريق مستحب غير واجب ✡ وسبب اختلافهم تردد النكاح بين البيع وبين الهبة وذلك أنه لا تجوز هبة المريض الا من الثلث ويجوز بيعه ولاختلافهم ايضا سبب آخر وهو هل يتهم على إضرار الورثة بادخال وارث زائد أولا يتهم . وقياس النكاح على الهبة غير صحيح لانهم اتفقوا على أن الهبة تجوز اذا حملها الثلث ولم يعتبروا النكاح هنا بالثلث ورد جواز النكاح بادخال وارث قياس مصلحي لا يجوز عند أكثر الفقهاء وكونه يوجب مصالح لم يعتبرها الشرع الا في جنس بعيد من الجنس الذي يرام فيه اثبات الحكم بالمصلحة حتى ان قوما رأوا ان القول بهذا القول شرع زائد واعمال هذا القياس يوهن ما في الشرع من التوقيف وانه لا تجوز الزيادة فيه كما لا يجوز النقصان والتوقف أيضا عن اعتبار المصالح تطرق للناس أن ينصرفوا لعدم السنن التي في ذلك الجنس الى الظلم فلنفوض أمثال هذه المصالح الى العلماء بحكمة الشرائع الفضلاء الذين لا يتهمون بالحكم بها وبخاصة اذا فهم من أهل ذلك الزمان اشتغال بظواهر الشرائع تطرقا الى الظلم ووجه عمل الفاضل العالم فى ذلك ان ينظر الى شواهد الحال فان دلت الدلائل على انه قصد بالنكاح خيرا لا يمنع النكاح وان دلت على انه قصد الاضرار بورثته منعه من ذلك كما في أشياء كثيرة من الصنائع يعرض فيها لصناع الشيء وضده مما اكتسبوا من قوة مهنتهم اذ لا يمكن ان يحد في ذلك حد مؤقت صناعي وهذا كثيرا ما يعرض في صناعة الطب وغيرها من الصنائع المختلفة .

✡(الفصل الحادى عشر في مانع العدة)✡

واتفقوا على ان النكاح لا يجوز في العدة كانت عدة حيض أو عدة حمل أو عدة أشهر . واختلفوا في من تزوج امرأة في عدتها ودخل بها فقال مالك والأوزاعي والليث يفرق بينهما ولا تحل

أبدا . وقال أبو حنيفة والشافعي والثورى يفرق بينهما واذا انقضت العدة بينهما فلا بأس في تزويجه اياها مرة ثانية ٭ وسبب اختلافهم هل قول الصاحب حجة أم ليس بحجة وذلك أن مالكا روى عن ابن شهاب عن سعيد بن المسيب وسليمان بن يسار ان عمر بن الخطاب فرق بين طليحة الاسدية وبين زوجها راشد الثقفى لما تزوجها في العدة من زوج ثان وقال أيما امرأة نكحت في عدتها فان كان زوجها الذى تزوجها لم يدخل بها فرق بينهما ثم اعتدت بقية عدتها من الاول ثم كان الآخر خاطبا من الخطاب وان كان دخل بها فرق بينهما ثم اعتدت بقية عدتها من الاول ثم اعتدت من الآخر ثم لا يجتمعان أبدا قال سعيد ولها مهرها بما استحل منها وربما عضدوا هذا القياس بقياس شبه ضعيف مختلف في أصله وهو أنه ادخل في النسب شبهة فاشبه الملاعن وروى عن على وابن مسعود مخالفة عمر في هذا والاصل انها لا تحرم الا ان يقوم على ذلك دليل من كتاب أو سنة او اجماع من الامة وفي بعض الروايات ان عمر كان قضى بتحريمها وكون المهر في بيت المال فلما ابلغ ذلك عليا انكره فرجع عن ذلك عمر وجعل الصداق على الزوج ولم يقض بتحريمها عليه رواه الثورى عن اشعث عن الشعبي عن مسروق . وأما من قال بتحريمها بالعقد فهو ضعيف وأجمعوا على انه لا توطأ حامل مسبية حتى تضع لتواتر الاخبار بذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم . واختلفوا ان وطىء هل يعتق عليه الولد اولا تعتق والجمهور على انه لا تعتق ٭ وسبب اختلافهم هل ماؤه مؤثر في خلقته أو غير مؤثر فان قلنا انه مؤثر كان له ابنا بجهة ما وان قلنا انه ليس بمؤثر لم يكن ذلك وروى عن النبى عليه الصلاة والسلام انه قال كيف يستعبده وقد غذاه في سمعه وبصره . واما النظر في مانع التطليق ثلاثا فسيأتى في كتاب الطلاق .

(الفصل الثانى عشر في مانع الزوجية)

وأما مانع الزوجية فانهم اتفقوا ان الزوجية بين المسلمين مانعة وبين الذميين واختلفوا في المسبية على ما تقدم واختلفوا أيضا فى الامة اذا بيعت هل يكون بيعها طلاقا فالجمهور على انه ليس بطلاق وقال قوم هو طلاق وهو مروى عن ابن عباس وجابر وابن مسعود وأبى بن كعب ٭ وسبب اختلافهم معارضة مفهوم حديث بريرة لعموم قوله تعالى (الا ماملكت أيمانكم) وذلك أن قوله تعالى (الا ماملكت أيمانكم) يقتضى المسبيات وغيرهن وتخيير بريرة يوجب ان لا يكون بيعها طلاقا لانه لو كان بيعها طلاقا لما خيرها رسول الله صلى الله عليه وسلم بعد العتق ولكان نفس شراء عائشة لها طلاقا من زوجها والحجة للجمهور ماخرجه ابن أبى شيبة عن ابى سعيد

الخدرى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم بعث يوم حنين سرية فاصابوا حيا من العرب يوم اوطاس فهزموهم وقتلوهم واصابوا لهم نساء لهن ازواج وكان ناس من اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم تأثموا من غشيانهن من أجل ازواجهن فانزل الله عز وجل (والمحصنات من النساء الا ماملكت أيمانكم) وهذه المسئلة هي اليق بكتاب الطلاق فهذه هى جملة الاشياء المصححة للانكحة في الاسلام وهى كما قلنا راجعة الى ثلاثة اجناس ، صفة العاقد والمعقود عليها ، وصفة العقد ، وصفة الشروط في العقد . واما الانكحة التى انعقدت قبل الاسلام ثم طرأ عليها الاسلام فانهم اتفقوا على أن الاسلام اذا كان منهما معا أعنى من الزوج والزوجة وقد كان انعقد النكاح على من يصح ابتداء العقد عليها في الاسلام ان الاسلام يصحح ذلك واختلفوا في موضعين ، أحدهما اذا انعقد النكاح على أكثر من أربع أوعلى من لايجوز الجمع بينهما في الاسلام ، والموضع الثانى اذا أسلم أحدهما قبل الآخر .

(فاما المسئلة الاولى) وهي اذا أسلم الكافر وعنده أكثر من أربع نسوة أو أسلم وعنده أختان فان مالكا قال يختار منهن أربعا ومن الاختين واحدة أيتهما شاء وبه قال الشافعي وأحمد وداود وقال أبو حنيفة والثورى وابن أبى ليلى يختار الاوائل منهن في العقد فان تزوجهن في عقد واحد فرق بينه وبينهن وقال ابن الماجشون من أصحاب مالك اذا أسلم وعنده أختان فارقهما جميعا ثم استأنف نكاح أيتهما شاء ولم يقل بذلك أحد من أصحاب مالك غيره * وسبب اختلافهم معارضة القياس للاثر وذلك انه ورد في ذلك أثران ، أحدهما مرسل مالك ان غيلان بن سلامة الثقفى أسلم وعنده عشر نسوة أسلمن معه فأمره رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يختار منهن أربعا ، والحديث الثانى حديث قيس بن الحارث انه أسلم على الاختين فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم : اختر أيتهما شئت وأما القياس المخالف لهذا الاثر فتشبيه العقد على الاواخر قبل الاسلام بالعقد عليهن بعد الاسلام أعنى انه كما أن العقد عليهن فاسد فى الاسلام كذلك قبل الاسلام وفيه ضعف .

وأما اذا اسلم أحدهما قبل الآخر وهى المسئلة الثانية ثم أسلم الآخر فانهم اختلفوا في ذلك فقال مالك وأبو حنيفة والشافعى انه اذا أسلمت المرأة قبله فانه ان أسلم في عدتها كان أحق بها وان أسلم هو وهى كتابية فنكاحها ثابت لما ورد في ذلك من حديث صفوان بن أمية وذلك ان زوجه عاتكة ابنة الوليد بن المغيرة أسلمت قبله ثم أسلم هو فاقره رسول الله صلى الله عليه وسلم على نكاحه قالوا وكان بين اسلام وصفوان وبين اسلام امرأته نحو من شهر قال ابن شهاب ولم يبلغنا أن امرأة هاجرت الى رسول الله صلى الله عليه وسلم وزوجها كافر مقيم بدار الكفر الا فرقت هجرتها بينها وبين

زوجها مهاجرا قبل أن تنقضي عدتها. وأما اذا أسلم الزوج قبل اسلام المرأة فانهم اختلفوا في ذلك فقال مالك اذا أسلم الزوج قبل المرأة وقعت الفرقة اذا عرض عليها الاسلام فأبت وقال الشافعي سواء أسلم الرجل قبل المرأة أو المرأة قبل الرجل اذا وقع اسلام المتأخر في العدة ثبت النكاح * وسبب اختلافهم معارضة العموم للاثر والقياس وذلك أن عموم قوله تعالى (ولا تمسكوا بعصم الكوافر) يقتضي المفارقة على الفور، وأما الاثر المعارض لمقتضى هذا العموم فما روى من أن أبا سفيان بن حرب أسلم قبل هند بنت عتبة امرأته وكان اسلامه بمر الظهران ثم رجع الى مكة وهند بها كافرة فأخذت بلحيته وقالت اقتلوا الشيخ الضال ثم اسلمت بعده بأيام فاستقرا على نكاحهما. وأما القياس المعارض للاثر فلانه يظهر أنه لا فرق بين أن تسلم هي قبله أو هو قبلها فان كانت العدة معتبرة في اسلامها قبل فقد يجب ان تعتبر في اسلامه أيضا قبل.

(الباب الثالث في موجبات الخيار في النكاح)

وموجبات الخيار أربعة، العيوب، والاعسار بالصداق أو بالنفقة والكسوة، والثالث الفقد أعني فقد الزوج، والرابع العتق للامة المزوجة فينعقد في هذا الباب أربعة فصول.

(الفصل الاول في خيار العيوب)

اختلف العلماء في موجب الخيار بالعيوب لكل واحد من الزوجين وذلك في موضعين أحدهما هل يرد بالعيوب أولا يرد، والموضع الثاني اذا قلنا انه يرد فمن أيها يرد وما حكم ذلك. فأما الموضع الاول فان مالكا والشافعي وأصحابهما قالوا العيوب توجب الخيار في الرد أو الامساك وقال أهل الظاهر لا توجب خيار الرد والامساك وهو قول عمر بن عبد العزيز * وسبب اختلافهم شيئان، أحدهما هل قول الصاحب حجة والآخر قياس النكاح في ذلك على البيع فاما قول الصاحب الوارد في ذلك فهو ماروى عن عمر بن الخطاب انه قال: ايما رجل تزوج امرأة وبها جنون أو جذام أو برص وفي بعض الروايات أو قرن فلها صداقها كاملا وذلك غرم لزوجها على وليها وأما القياس على البيع فان القائلين بموجب الخيار للعيب في النكاح قالوا النكاح في ذلك شبيه بالبيع وقال المخالفون لهم ليس شبيها بالبيع لاجتماع المسلمين على انه لا يرد النكاح بكل عيب يرد به البيع، وأما الموضع الثاني في الرد بالعيوب فانهم اختلفوا في أي العيوب يرد بها وفي أيها لا يرد في حكم الرد فاتفق مالك والشافعي على أن الرد

يكون من أربعة عيوب ، الجنون والجذام ، والبرص ، وداء الفرج الذى يمنع الوطء اما قرن أو رتق في المرأة أو عنة فى الرجل أو خصاء . واختلف أصحاب مالك فى أربع في السواد والقرع وبخر الفرج وبخر الانف فقيل ترد بها وقيل لا ترد وقال أبو حنيفة وأصحابه والثورى لا ترد المرأة في النكاح الا بعيبين فقط القرن . والرتق فاما أحكام الرد فان القائلين بالرد اتفقوا على ان الزوج اذا علم بالعيب قبل الدخول طلق ولاشىء عليه واختلفوا ان علم بعد الدخول والمسيس فقال مالك ان كان وليها الذى زوجها ممن يظن به لقربه منها أنه عالم بالعيب مثل الاب والاخ فهو غار يرجع عليه الزوج بالصداق وليس يرجع على المرأة بشيء وان كان بعيداً رجع الزوج على المرأة بالصداق كله الا ربع دينار فقط وقال الشافعى ان دخل لزمه الصداق كله بالمسيس ولا رجوع له عليها ولا على ولى ✡ وسبب اختلافهم تردد تشبيه النكاح بالبيع أو بالنكاح الفاسد الذى وقع فيه المسيس أعنى اتفاقهم على وجوب المهر في الانكحة الفاسدة بنفس المسيس لقوله عليه الصلاة والسلام : أيما امرأة نكحت بغير اذن سيدها فنكاحها باطل ولها المهر بما استحل منها فكان موضع الخلاف تردد هذا الفسخ بين حكم الرد بالعيب في البيوع وبين حكم الانكحة المفسوخة أعنى بعد الدخول واتفق الذين قالوا بفسخ نكاح العنين انه لا يفسخ حتى يؤجل سنة يخلى بينه وبينها بغير عائق . واختلف أصحاب مالك في العلة التى من أجلها قصر الرد على هذه العيوب الاربعة فقيل لان ذلك شرع غير معلل وقيل لان ذلك مما يخفى ويحمل سائر العيوب على أنها مما لا تخفى وقيل لانها يخاف سرايتها الى الابناء وعلى هذا التعليل يرد بالسواد والقرع وعلى الاول يرد لكل عيب اذا علم أنه مما خفى على الزوج .

﴿ الفصل الثانى في خيار الاعسار بالصداق والنفقة ﴾

واختلفوا في الاعسار بالصدق فكان الشافعى يقول يخير اذا لم يدخل بها وبه قال مالك . واختلف أصحابه في قدر التلوم له فقيل ليس له فى ذلك حد وقيل سنة وقيل سنتين وقال أبو حنيفة هو غريم من الغرماء لا يفرق بينهما ويؤخذ بالنفقة ولها ان تمنع نفسها حتى يعطيها المهر ✡ وسبب اختلافهم تغليب شبه النكاح في ذلك بالبيع أو تغليب الضرر اللاحق للمرأة في ذلك من عدم الوطء تشبيها بالايلاء والعنة . وأما الاعسار بالنفقة فقال مالك والشافعى وأحمد وأبو ثور وأبو عبيد وجماعة يفرق بينهما وهو مروى عن أبى هريرة وسعيد بن المسيب وقال أبو حنيفة والثورى

لايفرق بينهما وبه قال أهل الظاهر ☆ وسبب اختلافهم تشبيه الضرر الواقع من ذلك بالضرر الواقع من العنة لان الجمهور على القول بالتطليق على العنين حتى لقد قال ابن المنذر انه اجماع وربما قالوا النفقة في مقابلة الاستمتاع بدليل أن الناشز لانفقة لها عند الجمهور فاذا لم يجد النفقة سقط الاستمتاع فوجب الخيار . وأما من لايرى القياس فانهم قالوا قد ثبتت العصمة بالاجماع فلا تنحل الا باجماع أو بدليل من كتاب الله أو سنة فسبب اختلافهم معارضة استصحاب الحال للقياس .

الفصل الثالث في خيار الفقد

واختلفوا في المفقود الذى تجهل حياته او موته في ارض الاسلام فقال مالك يضرب لامرأته أجل اربع سنين من يوم ترفع أمرها الى الحاكم فاذا انتهى الكشف عن حياته أو موته فجهل ذلك ضرب لها الحاكم الاجل فاذا انتهى اعتدت عدة الوفاة اربعة أشهر وعشراً وحلت قال وأما ماله فلا يورث حتى يأتى عليه من الزمان مايعلم ان المفقود لا يعيش الى مثله غالباً فقيل سبعون وقيل ثمانون وقيل تسعون وقيل مائة فيمن غاب وهو دون هذه الاسنان وروى هذا القول عن عمر بن الخطاب وهو مروى ايضاً عن عثمان وبه قال الليث وقال الشافعى وأبو حنيفة والثورى لا تحل امرأة المفقود حتى يصح موته وقولهم مروى عن علي وابن مسعود * والسبب في اختلافهم معارضة استصحاب الحال للقياس وذلك ان استصحاب الحال يوجب أن لاتنحل عصمة الا بموت او طلاق حتى يدل الدليل على غير ذلك . وأما القياس فهو تشبيه الضرر اللاحق لها من غيبته بالايلاء والعنة فيكون لها الخيار كما يكون فى هذين والمفقودون عند المحصلين من أصحاب مالك أربعة مفقود في أرض الاسلام وقع الخلاف فيه ، ومفقود فى أرض الحرب ، ومفقود في حروب الاسلام أعنى فيما ، بينهم ومفقود في حروب الكفار والخلاف عن مالك وعن أصحابه في الثلاثة الاصناف من المفقودين كثير . فاما المفقود في بلاد الحرب فحكمه عندهم حكم الاسير لاتتزوج امرأته ولا يقسم ماله حتى يصح موته ما خلا أشهب فانه حكم له بحكم المفقود في أرض المسلمين . وأما المفقود في حروب المسلمين فقال ان حكمه حكم المقتول دون تلوم وقيل يتلوم له بحسب بعد الموضع الذى كانت فيه المعركة وقربه وأقصى الاجل في ذلك سنة . وأما المفقود في حروب الكفار ففيه في المذهب أربعة أقوال قيل حكمه حكم الاسير وقيل حكمه حكم المقتول بعد تلوم سنة الا ان يكون بموضع لا يخفى أمره فيحكم له بحكم المفقود فى حروب المسلمين وفتنهم . والقول الثالث ان حكمه حكم المفقود في بلاد المسلمين . والرابع حكمه حكم المقتول في زوجته

وحكم المفقود في ارض المسلمين في ماله اعنى يعمر وحينئذ يورث وهذه الاقاويل كلها مبناها على تجويز النظر بحسب الاصلح في الشرع وهو الذى يعرف بالقياس المرسل وبين العلماء فيه اختلاف أعنى بين القائلين بالقياس .

(الفصل الرابع فى خيار العتق)

واتفقوا على أن الامة اذا عتقت تحت عبد أن لها الخيار . واختلفوا اذا عتقت تحت الحر هل لها خيار أم لا فقال مالك والشافعى وأهل المدينة والاوزعى وأحمد والليث لاخيار لها وقال أبو حنيفة والثورى لها الخيار حراً كان أو عبداً ✡ وسبب اختلافهم تعارض النقل في حديث بريرة واحتمال العلة الموجبة للخيار أن يكون الجبر الذى كان في انكاحها باطلاق اذا كانت أمة أو الجبر على تزويجها من عبد فمن قال العلة الجبر على النكاح باطلاق قال تخير تحت الحر والعبد ومن قال الجبر على تزويج العبد فقط قال تخير تحت العبد فقط . وأما اختلاف النقل فانه روى عن ابن عباس أن زوج بريرة كان عبداً أسود وروى عن عائشة أن زوجها كان حراً وكلا النقلين ثابت عند أصحاب الحديث واختلفوا أيضا فى الوقت الذى يكون لها الخيار فيه فقال مالك والشافعى يكون لها الخيار مالم يمسها وقال أبو حنيفة خيارها على المجلس وقال الاوزاعى انما يسقط خيارها بالمسيس اذا علمت إن المسيس يسقط خيارها .

﴿ الباب الرابع في حقوق الزوجية ﴾

واتفقوا على أن من حقوق الزوجة على الزوج النفقة والكسوة لقوله تعالى (وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف) الآية ولما ثبت من قوله عليه الصلاة والسلام : ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف ولقوله لهند : خذى مايكفيك وولدك بالمعروف فاما النفقة فاتفقوا على وجوبها واختلفوا في أربعة مواضع فى وقت وجوبها ومقدارها ولمن تجب وعلى من تجب . فاما وقت وجوبها فان مالكا قال لاتجب النفقة على الزوج حتى يدخل بها أو يدعى الى الدخول بها وهي ممن توطأ وهو بالغ وقال أبو حنيفة والشافعى يلزم غير البالغ النفقة اذا كانت هي بالغا وأما اذا كان هو بالغا والزوجة صغيرة فللشافعى قولان ؛ أحدهما مثل قول مالك ، والقول الثاني ان لها النفقة باطلاق ✡ وسبب اختلافهم هل النفقة لمكان الاستمتاع أو لمكان انها محبوسة على الزوج كالغائب والمريض . وأما مقدار النفقة فذهب مالك الى

انها غير مقدرة بالشرع وان ذلك راجع الى مايقتضيه حال الزوج وحال الزوجة وأن ذلك يختلف بحسب اختلاف الامكنة والازمنة والاحوال وبه قال أبو حنيفة وذهب الشافعي الى أنها مقدرة فعلى الموسر مدان وعلى الاوسط مدونصف وعلى المعسر مد ☆ وسبب اختلافهم تردد حمل النفقة في هذا الباب على الاطعام في الكفارة أو على الكسوة وذلك انهم اتفقوا أن الكسوة غير محددة وأن الاطعام محدود واختلفوا من هذا الباب في هل يجب على الزوج نفقة خادم الزوجة وان وجبت فكم يجب والجمهور على أن على الزوج النفقة على خادم الزوجة اذا كانت ممن لاتخدم نفسها وقيل بل على الزوجة خدمة البيت واختلف الذين أوجبوا النفقة على خادم الزوجة على كم تجب نفقته فقالت طائفة ينفق على خادم واحدة وقيل على خادمين اذا كانت المرأة ممن لايخدمها الاخادمان وبه قال مالك وأبو ثور ولست أعرف دليلا شرعيا لايجاب النفقة على الخادم الا تشبيه الاخدام بالاسكان فانهم اتفقو على ان الاسكان على الزوج للنص الوارد في وجوبه للمطلقة الرجعية . وأما لمن تجب النفقة فانهم اتفقوا على انها تجب للحرة الغير ناشز. واختلفوا في الناشز والامة فاما الناشز فالجمهور على انها لاتجب لها نفقة وشذ قوم فقالوا تجب لها النفقة . وسبب الخلاف معارضة العموم للمفهوم وذلك أن عموم قوله عليه الصلاة والسلام : ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف يقتضى أن الناشز وغير الناشز في ذلك سواء والمفهوم من أن النفقة هي في مقابلة الاستمتاع يوجب أن لانفقة للناشز . وأما الامة فاختلف فيها أصحاب مالك اختلافا كثيرا فقيل لها النفقة كالحرة وهو المشهور وقيل لانفقة لها وقيل أيضا ان كانت تأتيه فلها النفقة وان كان يأتيها فلا نفقة لها وقيل لها النفقة في الوقت الذى لم تاتيه وقيل أن كان الزوج حرا فعليه النفقة وان كان عبداً فلا نفقة عليه ☆ وسبب اختلافهم معارضة العموم للقياس وذلك ان العموم يقتضى لها وجوب النفقة والقياس يقتضى أن لانفقة لها الا على سيدها الذى يستخدمها أو تكون النفقة بينهما لان كل واحد منهما ينتفع بها ضربا من الانتفاع ولذلك قال قوم عليه النفقة في اليوم الذى تأتيه وقال ابن حبيب يحكم على مولى الامة المزوجة أن تأتى زوجها فى كل اربعة أيام . وأما على من تجب فاتفقوا أيضا أنها تجب على الزوج الحر الحاضر واختلفوا في العبد والغائب فاما العبد فقال ابن المنذر أجمع كل من يحفظ عنه من أهل العلم ان على العبد نفقة زوجته وقال ابو المصعب من أصحاب مالك لانفقة عليه ☆ وسبب الخلاف معارضة العموم لكون العبد محجورا عليه في ماله . وأما الغائب فالجمهور على وجوب النفقة عليه وقال أبو حنيفة لاتجب الا بايجاب السلطان وانما اختلفوا

فيمن القول قوله اذا اختلفوا في الانفاق وسيأتى ذلك في كتاب الاحكام ان شاء الله وكذلك اتفقوا على أن من حقوق الزوجات العدل بينهن فى القسم لما ثبت من قسمه صلى الله عليه وسلم بين أزواجه ولقوله عليه الصلاة والسلام : اذا كانت للرجل امرأتان فمال الى احداها جاء يوم القيامة وأحد شقيه مائل ولما ثبت أنه عليه الصلاة والسلام : كان اذا أراد السفر أقرع بينهن واختلفوا في مقام الزوج عند البكر والثيب وهل يحتسب به أولا يحتسب اذا كانت له زوجة أخرى فقال مالك والشافعى وأصحابهما يقيم عند البكر سبعاً وعند الثيب ثلاثا ولا يحتسب ان كان له امرأة أخرى بأيام التى تزوج ، وقال أبو حنيفة الاقامة عندهن سواء بكراً كانت أو ثيباً ويحتسب بالاقامة عندها ان كانت له زوجة أخرى * وسبب اختلافهم معارضة حديث أنس لحديث أم سلمة وحديث أنس هو أن النبي صلى الله عليه وسلم كان : اذا تزوج البكر أقام عندها سبعاً واذا تزوج الثيب أقام عندها ثلاثاً وحديث أم سلمة هو أن النبي صلى الله عليه وسلم تزوجها فاصبحت عنده فقال ليس بك على أهلك هو ان إن شئت سبعت عندك وسبعت عندهن وان شئت ثلثت عندك ودرت فقالت ثلث وحديث أم سلمة هو مدنى متفق عليه خرجه مالك والبخارى ومسلم وحديث أنس حديث بصرى خرجه أبو داود فصار أهل المدينة الى ما خرجه أهل البصرة وصار أهل الكوفة الى ما خرجه أهل المدينة واختلف أصحاب مالك في هل مقامه عند البكر سبعا وعند الثيب ثلاثا واجب أو مستحب فقال ابن القاسم هو واجب وقال ابن عبد الحكم مستحب * وسبب الخلاف حمل فعله عليه الصلاة والسلام على الندب أو على الوجوب . وأما حقوق الزوج على الزوجة بالرضاع وخدمة البيت على اختلاف بينهم في ذلك وذلك أن قوما أوجبوا عليها الرضاع على الاطلاق وقوما لم يوجبوا ذلك عليها باطلاق وقوم أوجبوا ذلك على الدنيئة ولم يوجبوا ذلك على الشريفة الا ان يكون الطفل لا يقبل إلا ثديها وهو مشهور قول مالك * وسبب اختلافهم هل آية الرضاع متضمنة حكم الرضاع أعنى ايجابه أو متضمنة أمره فقط فمن قال أمره قال لا يجب عليها الرضاع اذ لا دليل هنا على الوجوب ومن قال تتضمن الامر بالرضاع وايجابه وأنها من الاخبار التى مفهومها مفهوم الامر قال يجب عليها الارضاع . وأما من فرق بين الدنيئة والشريفة فاعتبر في ذلك العرف والعادة . واما المطلقة فلا رضاع عليها الا ان لا يقبل ثدى غيرها فعليها الارضاع وعلى الزوج اجر الرضاع هذا اجماع لقوله سبحانه (فان ارضعن لكم فآتوهن أجورهن)

(الباب الخامس في الانكحة المنهى عنها بالشرع والانكحة الفاسدة وحكمها)

الانكحة التي ورد النهي فيها مصرحا أربعة ، نكاح الشغار . ونكاح المتعة . والخطبة على خطبة أخيه . ونكاح المحلل . فاما نكاح الشغار فانهم اتفقوا على ان صفته هو ان ينكح الرجل وليته رجلا آخر على ان ينكحه الآخر وليته ولا صداق بينهما الا بضع هذه ببضع الاخرى واتفقوا على انه نكاح غير جائز لثبوت النهي عنه ٭ واختلفوا اذا وقع هل يصحح بمهر المثل أم لا فقال مالك لايصحح ويفسخ أبداً قبل الدخول وبعده وبه قال الشافعي الا انه قال إن سمى لاحدهما صداقا أو لهما معا فالنكاح ثابت بمهر المثل والمهر الذي سمياه فاسد وقال أبو حنيفة نكاح الشغار يصح بفرض صداق المثل وبه قال الليث وأحمد واسحق وأبو ثور والطبري ٭ وسبب اختلافهم هل النهي المعلق بذلك معلل بعدم العوض أو غير معلل فان قلنا غير معلل لزم الفسخ على الاطلاق وان قلنا العلة عدم الصداق صح بفرض صداق المثل مثل العقد على خمر أو على خنزير وقد أجمعوا على ان النكاح المنعقد على الخمر والخنزير لايفسخ اذا فات بالدخول ويكون فيه مهر المثل وكأن مالكا رضي الله عنه رأى ان الصداق وان لم يكن من شرط صحة العقد ففساد العقد ههنا من قبل فساد الصداق مخصوص لتعلق النهي به أو رأى أن النهي انما يتعلق بنفس تعين العقد والنهي يدل على فساد المنهي .

(وأما نكاح المتعة) فانه تواترت الاخبار عن رسول الله صلى الله عليه وسلم بتحريمه الا أنها اختلفت في الوقت الذي وقع فيه التحريم ففي بعض الروايات انه حرمها يوم خيبر وفي بعضها يوم الفتح وفي بعضها في غزوة تبوك وفي بعضها في حجة الوداع وفي بعضها في عمرة القضاء وفي بعضها عام أوطاس وأكثر الصحابة وجميع فقهاء الامصار على تحريمها واشتهر عن ابن عباس تحليلها وتبع ابن عباس على القول بها أصحابه من أهل مكة وأهل اليمن ورووا ان ابن عباس كان يحتج لذلك بقوله تعالى (فما استمتعتم به منهن فآتوهن أجورهن فريضة ولا جناح عليكم) وفي حرف عنه الى أجل مسمى وروى عنه أنه قال : ما كانت المتعة الا رحمة من الله رحم بها أمة محمد ولولا نهي محمد عنها ما اضطر الى الزنا الا شقي وهذا الذي روى عن ابن عباس رواه عنه ابن جريج وعمرو بن دينار وعن عطاء قال سمعت جابر بن عبدالله يقول : تمتعنا على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبي بكر ونصفاً من خلافة عمر ثم نهى عنها عمر الناس .

(وأما اختلافهم في النكاح الذي تقع فيه الخطبة على خطبة غيره) فقد تقدم ان فيه

ثلاثة أقوال ،قول بالفسخ وقول بعدم الفسخ وفرق بين ان ترد الخطبة على خطبة الغير بعد الركون والقرب من التمام أو لا ترد وهو مذهب مالك.

وأما نكاح المحلل أعنى الذى يقصد بنكاحه تحليل المطلقة ثلاثا فان مالكا قال هو نكاح مفسوخ وقال أبو حنيفة والشافعى هو نكاح صحيح * وسبب اختلافهم اختلافهم فى مفهوم قوله عليه الصلاة والسلام : لعن الله المحلل فمن فهم من اللعن التأثيم فقط قال النكاح صحيح ومن فهم من التأثيم فساد العقد تشبيها بالنهى الذى يدل على فساد المنهى عنه قال النكاح فاسد فهذه هى الانكحة الفاسدة بالنهى . وأما الانكحة الفاسدة بمفهوم الشرع فانها تفسد إما باسقاط شرط من شروط صحة النكاح أو لتغير حكم واجب بالشرع من أحكامه مما هو عن الله عز وجل وأما بزيادة تعود الى ابطال شرط من شروط الصحة . وأما الزيادات التى تعرض من هذا المعنى فانها لا تفسد النكاح باتفاق وانما اختلف العلماء فى لزوم الشروط التى بهذه الصفة أو لا لزومها مثل ان يشترط عليه أن لا يتزوج عليها أو لا يتسرى أو لا ينقلها من بلدها فقال مالك ان اشترط ذلك لم يلزمه الا أن يكون فى ذلك يمين بعتق أو طلاق فان ذلك يلزمه الا ان يطلق أو يعتق من أقسم عليه فلا يلزم الشرط الاول أيضا وكذلك قال الشافعى وأبو حنيفة وقال الاوزاعى وابن شبرمة لها شرطها أو عليه الوفاء وقال ابن شهاب كان من أدركت من العلماء يقضون بها وقول الجماعة مروى عن على وقول الاوزاعى مروى عن عمر * وسبب اختلافهم معارضة العموم للخصوص فاما العموم فحديث عائشة ان النبى صلى الله عليه وسلم خطب الناس فقال فى خطبته كل شرط ليس فى كتاب الله فهو باطل ولو كان مائة شرط . واما الخصوص فحديث عقبة بن عامر عن النبى صلى الله عليه وسلم انه قال : أحق الشروط ان يوفى به ما استحللتم به الفروج والحديثان صحيحان خرجهما البخارى ومسلم الا ان المشهور عند الاصوليين القضاء بالخصوص على العموم وهو لزوم الشروط وهو ظاهر ماوقع فى العتبية وان كان المشهور خلاف ذلك واما الشروط المقيدة بوضع من الصداق فانه قد اختلف فيها المذهب اختلافا كثيرا أعنى فى لزومها أو عدم لزومها وليس كتابنا هذا موضوعا على الفروع .

(واما حكم الانكحة الفاسدة اذا وقعت) فمنها ما اتفقوا على فسخه قبل الدخول وبعده وهو ما كان منها فاسدا باسقاط شرط متفق على وجوب صحة النكاح بوجوده مثل ان ينكح محرمة العين ومنها ما اختلفوا فيه بحسب اختلافهم فى ضعف علة الفساد وقوتها ولماذا يرجع من الاخلال بشروط الصحة ومالك فى هذا الجنس وذلك فى الاكثر يفسخه قبل الدخول ويثبته بعده والاصل عنده فيه أن لا فسخ ولكنه يحتاط بمنزلة مايرى فى كثير

من البيع الفاسد انه يفوت بحوالة الأسواق وغير ذلك ويشبه ان تكون هذه عنده هي الانكحة المكروهة والا فلا وجه للفرق بين الدخول وعدم الدخول والاضطراب في المذهب في هذا الباب كثير وكان هذا راجع عنده الى قوة دليل الفسخ وضعفه فمتى كان الدليل عنده قويا فسخ قبله وبعده ومتى كان ضعيفا فسخ قبل ولم يفسخ بعد وسواء كان الدليل القوى متفقا عليه اومختلفا فيه ومن قبل هذا أيضا اختلف المذهب في وقوع الميراث في الانكحة الفاسدة اذا وقع الموت قبل الفسخ وكذلك وقوع الطلاق فيه فمرة اعتبر فيه الاختلاف والاتفاق ومرة اعتبر فيه الفسخ بعد الدخول وعدمه وقد نرى ان نقطع ههنا القول فى هذا الكتاب فان ماذكرنامنه فيه كفاية بحسب غرضنا المقصود .



(كتاب الطلاق)

والكلام فى هذا الباب ينحصر فى أربع جمل ، الجملة الاولى في أنواع الطلاق الجملة الثانية في أركان الطلاق ، الجملة الثالثة في الرجعة ، الجملة الرابعة في أحكام المطلقات .

(الجملة الاولى) وفي هذه الجملة خمسة أبواب ، الباب الاول في معرفة الطلاق البائن والرجعى ، الباب الثانى في معرفة الطلاق السنى من البدعى . الباب الثالث في الخلع . الباب الرابع في تمييز الطلاق من الفسخ . الباب الخامس في التخيير والتمليك .

(الباب الاول) واتفقوا على أن الطلاق نوعان بائن ورجعى وأن الرجعى هو الذى يملك فيه الزوج رجعتها من غير اختيارها وأن من شرطه ان يكون في مدخول بها وانما اتفقوا على هذا لقوله تعالى « ياأيها النبي اذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن وأحصوا العدة » الى قوله تعالى (لعل الله يحدث بعد ذلك أمراً) وللحديث الثابت أيضاً من حديث ابن عمر انه صلى الله عليه وسلم أمره ان يراجع زوجته لما طلقها حائضا ولا خلاف في هذا. وأما الطلاق البائن فانهم اتفقوا على ان البينونة انما توجد للطلاق من قبل عدم الدخول ومن قبل عدد التطليقات ومن قبل العوض في الخلع على اختلاف بينهم هل الخلع طلاق أو فسخ على ماسيأتي بعد واتفقوا على ان العدد الذى يوجب

البينونة في طلاق الحر ثلاث تطليقات اذا وقعت مفترقات لقوله تعالى (الطلاق مرتان) الآية واختلفوا اذا وقعت ثلاثا في اللفظ دون الفعل وكذلك اتفق الجمهور على ان الرق مؤثر في اسقاط أعداد الطلاق وان الذى يوجب البينونة في الرق اثنتان واختلفوا هل هذا معتبر برق الزوج أو برق الزوجة أم برق من رق منهما ففى هذ الباب اذن ثلاث مسائل .

(المسئلة الاولى) جمهور فقهاء الامصار على أن الطلاق بلفظ الثلاث حكمه حكم الطلقة الثالثة وقال أهل الظاهر وجماعة حكمه حكم الواحدة ولا تأثير للفظ في ذلك وحجة هؤلاء ظاهر قوله تعالى (الطلاق مرتان) الى قوله فى الثالثة (فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره) والمطلق بلفظ الثلاث مطلق واحدة لا مطلق ثلاث واحتجوا أيضاً بما خرجه البخارى ومسلم عن ابن عباس قال : كان الطلاق على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبى بكر وسنتين من خلافة عمر طلاق الثلاث واحدة فامضاه عليهم عمر واحتجوا أيضا بما رواه ابن اسحق عن عكرمة عن ابن عباس قال طلق ركانة زوجه ثلاثا فى مجلس واحد فحزن عليها حزنا شديداً فسأله رسول الله صلى الله عليه وسلم كيف طلقتها قال طلقتها ثلاثا في مجلس واحد قال انما تلك طلقة واحدة فارتجعها وقد احتج من انتصر لقول الجمهور بأن حديث ابن عباس الواقع في الصحيحين انما رواه عنه من أصحابه طاوس وان جلة أصحابه رووا عنه لزوم الثلاث منهم سعيد بن جبير ومجاهد وعطاء وعمرو بن دينار وجماعة غيرهم وان حديث ابن اسحق وهم وانما روى الثقات أنه طلق ركانة زوجه البتة لا ثلاثا ✡ وسبب الخلاف هل الحكم الذى جعله الشرع من البينونة للطلقة الثالثة يقع بالزام المكلف نفسه هذا الحكم في طلقة واحدة أم ليس يقع ولا يلزم من ذلك الا ما الزم الشرع فمن شبه الطلاق بالافعال التى يشترط في صحة وقوعها كون الشروط الشرعية فيها كالنكاح والبيوع قال لا يلزم ومن شبهه بالنذور والايمان التى ما التزم العبد منها لزمه على أى صفة كان ألزم الطلاق كيف ألزمه المطلق نفسه وكان الجمهور غلبوا حكم التغليظ في الطلاق سدا للذريعة ولكن تبطل بذلك الرخصة الشرعية والرفق المقصود في ذلك أعنى في قوله تعالى (لعل الله يحدث بعد ذلك أمراً).

(المسئلة الثانية) وأما اختلافهم فى اعتبار نقص عدد الطلاق البائن بالرق فمنهم من قال المعتبر فيه الرجال فاذا كان الزوج عبداً كان طلاقه البائن الطلقة الثانية سواء كانت الزوجة حرة أو أمة وبهذا قال مالك والشافعى ومن الصحابة

عثمان بن عفان وزيد بن ثابت وابن عباس وان كان اختلف عنه فى ذلك لكن الاشهر عنه هو هذا القول ومنهم من قال ان الاعتبار فى ذلك هو بالنساء فاذا كانت الزوجة أمة كان طلاقها البائن الطلقة الثانية سواء كان الزوج عبداً أو حراً وممن قال بهذا القول من الصحابة على وابن مسعود ومن فقهاء الامصار أبو حنيفة وغيره وفي المسئلة قول أشذ من هذين وهو أن الطلاق يعتبر برق من رق منهما قال ذلك عثمان البتى وغيره وروى عن ابن عمر * وسبب هذا الاختلاف هل المؤثر فى هذا هو رق المرأة أو رق الرجل فمن قال التأثير في هذا لمن بيده الطلاق قال يعتبر بالرجال ومن قال التأثير في هذا للذى يقع عليه الطلاق قال هو حكم من أحكام المطلقة فشبهوها بالعدة وقد أجمعوا على أن العدة بالنساء أى نقصانها تابع لرق النساء واحتج الفريق الاول بما روى عن ابن عباس مرفوعا الى النبى عليه الصلاة والسلام أنه قال: الطلاق بالرجال والعدة بالنساء الا انه حديث لم يثبت في الصحاح . وأما من اعتبر من رق منهما فانه جعل سبب ذلك هو الرق مطلقا ولم يجعل سبب ذلك لا الذكورية ولا الانوثية مع الرق .

(المسئلة الثالثة) . وأما كون الرق مؤثرا في نقصان عدد الطلاق فانه حكى قوم أنه اجماع وأبو محمد بن حزم وجماعة من أهل الظاهر مخالفون فيه ويرون أن الحر والعبد في هذا سواء * وسبب الخلاف معارضة الظاهر في هذا للقياس وذلك ان الجمهور صاروا الى هذا لمكان قياس طلاق العبد والامة على حدودها وقد أجمعوا على كون الرق مؤثرا في نقصان الحد . وأما أهل الظاهر فلما كان الاصل عندهم أن حكم العبد في التكاليف حكم الحر الا ما أخرجه الدليل والدليل عندهم هو نص أو ظاهر من الكتاب أو السنة ولم يكن هنا دليل مسموع صحيح وجب أن يبقى العبد على أصله ويشبه ان يكون قياس الطلاق على الحد غير سديد لان المقصود بنقصان الحد رخصة للعبد لمكان نقصه وان الفاحشة ليست تقبح منه قبحها من الحر . وأما نقصان الطلاق فهو من باب التغليظ لان وقوع التحريم على الانسان بتطليقتين أغلظ من وقوعه بثلاث لما عسى أن يقع في ذلك من الندم والشرع انما سلك فى ذلك سبيل الوسط وذلك أنه لو كانت الرجعة دائمة بين الزوجة لعنت المرأة وشقيت ولو كانت البينونة واقعة في الطلقة الواحدة لعنت الزوج من قبل الندم وكان ذلك عسرا عليه فجمع الله بهذه الشريعة بين المصلحتين ولذلك ما يرى والله أعلم أن من ألزم الطلاق الثلاث في واحدة فقد رفع الحكمة الموجودة في هذه السنة المشروعة .

﴿ الباب الثاني ﴾

أجمع العلماء على أن المطلق للسنة في المدخول بها هو الذي يطلق امرأته في طهر لم يمسها فيه طلقة واحدة وأن المطلق في الحيض أو الطهر الذي مسها فيه غير مطلق للسنة وانما أجمعوا على هذا لما ثبت من حديث ابن عمر انه طلق امرأته وهي حائض على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال عليه الصلاة والسلام : مره فليراجعها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر ثم ان شاء أمسك وان شاء طلق قبل أن يمس فتلك العدة التي أمر الله ان تطلق لها النساء، واختلفوا من هذا الباب في ثلاثة مواضع، الموضع الأول هل من شرطه أن لا يتبعها طلاقا في العدة، والثاني هل المطلق ثلاثا أعني بلفظ الثلاث مطلق للسنة أم لا، والثالث في حكم من طلق في وقت الحيض.

(أما الموضع الأول) فانه اختلف فيه مالك وأبو حنيفة ومن تبعهما فقال مالك من شرطها أن لا يتبعها في العدة طلاقا آخر وقال أبو حنيفة ان طلقها عند كل طهر طلقة واحدة كان مطلقا للسنة * وسبب هذا الاختلاف هل من شرط هذا الطلاق ان يكون في حال الزوجية بعد أم ليس من شرطه فمن قال هو من شرطه قال لا يتبعها فيه طلاقا ومن قال ليس من شرطه اتبعها الطلاق ولا خلاف بينهم في وقوع الطلاق المتبع .

(وأما الموضع الثاني) فان مالكا ذهب الى ان المطلق ثلاثا بلفظ واحد مطلق لغير سنة وذهب الشافعي الى انه مطلق للسنة * وسبب الخلاف معارضة اقراره عليه الصلاة والسلام للمطلق بين يديه ثلاثا في لفظة واحدة لمفهوم الكتاب في حكم الطلقة الثالثة والحديث الذي احتج به الشافعي هو ماثبت من أن العجلاني طلق زوجه ثلاثا بحضرة رسول الله صلى الله عليه وسلم بعد الفراغ من الملاعنة قال فلو كان بدعة لما أقره رسول الله صلى الله عليه وسلم . وأما مالك فلما رأى أن المطلق بلفظ الثلاث رافع للرخصة التي جعلها الله في العدد قال فيه انه ليس للسنة واعتذر أصحابه عن الحديث بأن المتلاعنين عنده قد وقعت الفرقة بينهما من قبل التلاعن نفسه فوقع الطلاق على غير محله فلم يتصف لابسنة ولا ببدعة وقول مالك والله أعلم أظهر ههنا من قول الشافعي .

(وأما الموضع الثالث) في حكم من طلق في وقت الحيض فان الناس اختلفوا من ذلك في مواضع منها ان الجمهور قالوا يمضي طلاقه وقالت فرقة لا ينفذ ولا يقع والذين قالوا ينفذ قالوا يؤمر بالرجعة وهؤلاء افترقوا فرقتين فقوم رأوا ان ذلك واجب، وانه يجبر على ذلك وبه قال مالك وأصحابه وقالت فرقة بل يندب الى

ذلك ولا يجبروبه قال الشافعى وأبو حنيفة والثورى وأحمد والذين أوجبوا الاجبار اختلفوا في الزمان الذى يقع فيه الاجبار فقال مالك وأكثر أصحابه ابن القاسم وغيره يجبر مالم تنقض عدتها وقال أشهب لا يجبر الا في الحيضة الاولى والذين قالوا بالامر بالرجعة اختلفوا متى يوقع الطلاق بعد الرجعة ان شاء فقوم اشترطوا في الرجعة ان يمسكها حتى تطهر من تلك الحيضة ثم تحيض ثم تطهر ثم ان شاء طلقها وان شاء أمسكها وبه قال مالك والشافعى وجماعة وقوم قالوا بل يراجعها فاذا طهرت من تلك الحيضة التى طلقها فيها فان شاء أمسك وان شاء طلق وبه قال أبو حنيفة والكوفيون وكل من اشترط في طلاق السنة ان يطلقها في طهر لم يمسها فيه لم ير الامر بالرجعة اذا طلقها في طهر مسها فيه فهنا اذاً أربع مسائل، أحدها هل يقع هذا الطلاق أم لا ، والثانية ان وقع فهل يجبر على الرجعة أم يؤمر فقط ، والثالثة متى يوقع الطلاق بعد الاجبار أو الندب ، والرابعة متى يقع الاجبار .

(اما المسئلة الاولى) فان الجمهور انما صاروا الى ان الطلاق ان وقع في الحيض اعتد به وكان طلاقا لقوله صلى الله عليه وسلم في حديث ابن عمر : مره فليراجعها قالوا والرجعة لا تكون الا بعد طلاق وروى الشافعى عن مسلم بن خالد عن ابن جريج انهم أرسلوا الى نافع يسألونه هل حسبت تطليقة ابن عمر على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم قال نعم وروى انه الذى كان يفتى به ابن عمر . وأما من لم ير هذا الطلاق واقعاً فانه اعتمد عموم قوله صلى الله عليه وسلم : كل فعل أو عمل ليس عليه أمرنا فهو رد وقالوا أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم برده يشعر بعدم نفوذه ووقوعه وبالجملة ، فسبب الاختلاف هل الشروط التى اشترطها الشرع في الطلاق السنى هي شروط صحة وإجزاء أم شروط كمال وتمام فمن قال شروط إجزاء قال لا يقع الطلاق الذى عدم هذه الصفة ومن قال شروط كمال وتمام قال يقع ويندب الى ان يقع كاملا ولذلك من قال بوقوع الطلاق وجبره على الرجعة فقد تناقض فتدبر ذلك .

(وأما المسئلة الثانية) وهي هل يجبر على الرجعة أولا يجبر فمن اعتمد ظاهر الامر وهو الوجوب على ما هو عليه عند الجمهور قال يجبر ومن لحظ هذا المعنى الذى قلناه من كون الطلاق واقعا قال هذا الامر هو على الندب .

(وأما المسئلة الثالثة) وهى متى يوقع الطلاق بعد الاجبار فان من اشترط في ذلك أن يمسكها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر فانما صار لذلك لانه المنصوص عليه فى حديث ابن عمر المتقدم قالوا والمعنى في ذلك لتصح الرجعة بالوطء في الطهر الذى بعد الحيض لانه لو طلقها في الطهر الذى بعد الحيضة لم يكن عليها من الطلاق الآخر عدة لانه كان يكون كالمطلق قبل الدخول وبالجملة فقالوا ان من شرط الرجعة

وجود زمان يصح فيه الوطء وعلى هذا التعليل يكون من شروط طلاق السنة ان يطلقها في طهر لم يطلق في الحيضة التي قبله وهو أحد الشروط المشترطة عند مالك في طلاق السنة فيما ذكره عبد الوهاب . وأما الذين لم يشترطوا ذلك فانهم صاروا الى ماروى يونس بن جبير وسعيد بن جبير وابن سيرين ومن تابعهم عن ابن عمر في هذا الحديث انه قال يراجعها فاذا طهرت طلقها ان شاء وقالوا المعنى في ذلك أنه انما أمر بالرجوع عقوبة له لانه طلق في زمان كره له فيه الطلاق فاذا ذهب ذلك الزمان وقع منه الطلاق على وجه غير مكروه * فسبب اختلافهم تعارض الآثار في هذه المسئلة وتعارض مفهوم العلة .

(وأما المسئلة الرابعة) وهي متى يجبر فانما ذهب مالك الى أنه يجبر على رجعتها الطول زمان العدة لانه الزمان الذى له فيه ارتجاعها وأما أشهب فانه انما صار في هذا الى ظاهر الحديث لان فيه مرة فليراجعها حتى تطهر فدل ذلك على أن المراجعة كانت في الحيضة وأيضا فانه قال انما أمر بمراجعتها لئلا تطول عليها العدة فانه اذا وقع الطلاق في الحيضة لم تعتد بها باجماع فان قلنا انه يراجعها في غير الحيضة كان ذلك عليها أطول وعلى هذا التعليل فينبغي ان يجوز ايقاع الطلاق في الطهر الذى بعد الحيضة * فسبب الاختلاف هو سبب اختلافهم في علة الامر بالرد .

(الباب الثالث فى الخلع)

واسم الخلع والفدية والصلح والمبارأة كلها تؤل الى معنى واحد وهو بذل المرأة العوض على طلاقها الا ان اسم الخلع يختص ببذلها له جميع ماأعطاها والصلح ببعضه والفدية باكثره والمبارأة باسقاطها عنه حقا لها عليه على مازعم الفقهاء والكلام ينحصر في أصول هذا النوع من الفراق في أربعة فصول . في جواز وقوعه أولا ثم ثانيا فى شروط وقوعه أعنى جواز وقوعه ثم ثالثا في نوعه أعنى هل هو طلاق أو فسخ . ثم رابعا فيما يلحقه من الاحكام .

(الفصل الاول)

فأما جواز وقوعه فعليه أكثر العلماء والاصل في ذلك الكتاب والسنة . أما الكتاب فقوله تعالى « فلا جناح عليهما فيما افتدت به » وأما السنة فحديث ابن عباس ان امرأة ثابت بن قيس أتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت يارسول الله ثابت بن قيس لاأعيب عليه في خلق ولا دين ولكن أكره الكفر بعد الدخول

في الاسلام فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أتردين عليه حديقته قالت نعم قال رسول الله صلى الله عليه وسلم أقبل الحديقة وطلقها طلقة واحدة خرجه بهذا اللفظ البخارى وأبو داود والنسائى وهو حديث متفق على صحته وشذ أبو بكر ابن عبد الله المزنى عن الجمهور فقال لايحل للزوج ان يأخذ من زوجته شيئا واستدل على ذلك بأنه زعم ان قوله تعالى (فلا جناح عليهما فيما افتدت به) منسوخ بقوله تعالى (وان أردتم استبدال زوج مكان زوج وآتيتم إحداهن قنطاراً فلا تأخذوا منه شيئاً) الآية والجمهور على أن معنى ذلك بغير رضاها واما برضاها فجائز * فسبب الخلاف حمل هذا اللفظ على عمومه أو على خصوصه .

(الفصل الثانى)

فاما شروط جوازه فنها مايرجع الى القدر الذى يجوز فيه ومنها مايرجع الى صفة الشيء الذى يجوز به ، ومنها مايرجع الى الحال التى يجوز فيها ، ومنها مايرجع الى صفة من يجوز له الخلع من النساء أو من أوليائهن ممن لاتملك أمرها ففى هذا الفصل أربع مسائل .

(المسئلة الاولى) أما مقدار مايجوز ان تختلع به فان مالكا والشافعى وجماعة قالوا جائز ان تختلع المرأة باكثر مما يصير لها من الزوج فى صداقها اذا كان النشوز من قبلها وبمثله وبأقل منه وقال قائلون ليس له ان يأخذ أكثر مما أعطاها على ظاهر حديث ثابت فمن شبهه بسائر الاعواض فى المعاملات رأى أن القدر فيه راجع الى الرضا ومن أخذ بظاهر الحديث لم يجز أكثر من ذلك وكانه رآه من باب أخذ المال بغير حق .

(المسئلة الثانية) وأما صفة العوض فان الشافعى وأبا حنيفة يشترطان فيه ان يكون معلوم الصفة ومعلوم الوجود ومالك يجيز فيه المجهول الوجود والغرور والمعلوم مثل الآبق والشارد والثمرة التى لم يبد صلاحها والعبد غير الموصوف وحكى عن أبى حنيفة جواز الغرر ومنع المعدوم * وسبب الخلاف تردد العوض ههنا بين العوض فى البيوع أو الاشياء الموهوبة والموصى بها فمن شبهها بالبيوع اشترط فيه مايشترط فى البيوع وفى اعواض البيوع ومن شبهه بالهبات لم يشترط ذلك واختلفوا اذا وقع الخلع بما لايحل كالخمر والخنزير هل يجب لها عوض أم لا بعد اتفاقهم على ان الطلاق يقع فقال مالك لاتستحق عوضا وبه قال أبو حنيفة وقال الشافعى يجب لها مهر المثل .

(المسئلة الثالثة) وأماما يرجع الى الحال التي يجوز فيها الخلع من التي لا يجوز فان الجمهور على أن الخلع جائز مع التراضي اذا لم يكن سبب رضاها بما تعطيه اضرار بها والاصل في ذلك قوله تعالى (ولا تعضلوهن لتذهبوا ببعض ما آتيتموهن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة) وقوله تعالى (فان خفتم أن لا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به) وشذ أبو قلابة والحسن البصري فقالا لا يحل للرجل الخلع عليها حتى يشاهدها تزني وحملوا الفاحشة في الآية على الزنا وقال داود لا يجوز الا بشرط الخوف أن لا يقيما حدود الله على ظاهر الآية وشذ النعمان فقال يجوز الخلع مع الاضرار والفقه ان الفداء انما جعل للمرأة في مقابلة ما بيد الرجل من الطلاق فانه لما جعل الطلاق بيد الرجل اذا فرك المرأة جعل الخلع بيد المرأة اذا فركت الرجل فيتحصل في الخلع خمسة أقوال . قول انه لا يجوز أصلا وقول انه يجوز على كل حال أي مع الضرر . وقول انه لا يجوز الا مع مشاهدة الزنا . وقول مع خوف أن لا يقيما حدود الله . وقول انه يجوز في كل حال الا مع الضرر وهو المشهور .

(المسئلة الرابعة) واما من يجوز له الخلع ممن لا يجوز فانه لا خلاف عند الجمهور ان الرشيدة تخالع عن نفسها وان الامة لا تخالع عن نفسها الا برضا سيدها وكذلك السفيهة مع وليها عند من يرى الحجر وقال مالك يخالع الاب على ابنته الصغيرة كما ينكحها وكذلك على ابنه الصغير لانه عنده يطلق عليه والخلاف في الابن الصغير قال الشافعي وأبو حنيفة لا يجوز لانه لا يطلق عليه عندهم والله أعلم وخلع المريضة يجوز عند مالك اذا كان بقدر ميراثه منها وروى ابن نافع عن مالك انه يجوز خلعها بالثلث كله وقال الشافعي لو اختلعت بقدر مهر مثلها جاز وكان من رأس المال وان زاد على ذلك كانت الزيادة من الثلث . وأما المهملة التي لا وصي لها ولا أب فقال ابن القاسم يجوز خلعها اذا كان خلع مثلها والجمهور على انه يجوز خلع المالكة لنفسها وشذ الحسن وابن سيرين فقالا لا يجوز الخلع الا باذن السلطان .

الفصل الثالث

واما نوع الخلع فجمهور العلماء على انه طلاق وبه قال مالك وأبو حنيفة سوى بين الطلاق والفسخ وقال الشافعي هو فسخ و به قال أحمد وداود ومن الصحابة ابن عباس وقد روى عن الشافعي انه كناية فان أراد به الطلاق كان طلاقا والا كان فسخاً وقد قيل عنه في قوله الجديد انه طلاق وفائدة الفرق هل يعتد به في التطليقات أم لا وجمهور من رأى أنه طلاق يجعله بائنا لانه لو كان للزوج في العدة منه الرجعة

عليها لم يكن لافتدائها معنى وقال أبو ثور ان لم يكن بلفظ الطلاق يكن له عليها رجعة وان كان بلفظ الطلاق كان له عليها الرجعة. احتج من جعله طلاقا بان الفسوخ انما هي التى تقتضى الفرقة الغالبة للزوج في الفراق مما ليس يرجع الى اختياره وهذا راجع الى الاختيار فليس بفسخ .واحتج من لم يره طلاقا بان الله تبارك وتعالى ذكر في كتابه الطلاق فقال (الطلاق مرتان) ثم ذكر الافتداء ثم قال (فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره) فلو كان الافتداء طلاقا لكان الطلاق الذى لا تحل له فيه الا بعد زوج هو الطلاق الرابع وعنده هؤلاء أن الفسوخ تقع بالتراضى قياسا على فسوخ البيع أعنى الا قالة وعند المخالف ان الاية انما تضمنت حكم الافتداء على انه شيء يلحق جميع أنواع الطلاق لانه شيء غير الطلاق ✡ فسبب الخلاف هل اقتران العوض بهذه الفرقة يخرجها من نوع فرقة الطلاق الى نوع فرقة الفسخ أم ليس يخرجها .

(الفصل الرابع)

وأما لو احقه ففروع كثيرة لكنا نذكر منها ماشهر . فمنها هل يرتدف على المختلعة طلاق أم لا فقال مالك لا يرتدف الا ان كان الكلام متصلا وقال الشافعي لا يرتدف وان كان الكلام متصلا وقال أبو حنيفة يرتدف ولم يفرق بين الفور والتراخى ✡ وسبب الخلاف ان العدة عند الفريق الاول من أحكام الطلاق وعند أبى حنيفة من أحكام النكاح ولذلك لا يجوز عنده أن ينكح مع المبتوتة أختها فمن رآها من أحكام النكاح ارتدف الطلاق عنده ومن لم ير ذلك لم يرتدف . ومنها ان جمهور العلماء أجمعوا على أنه لا رجعة للزوج على المختلعة فى العدة الا ماروى عن سعيد بن المسيب وابن شهاب انهما قالا ان رد لها ماأخذ منها في العدة أشهد على رجعتها والفرق الذى ذكرناه عن أبى ثور بين أن يكون بلفظ الطلاق أولا يكون . ومنها ان الجمهور أجمعوا على ان له ان يتزوجها برضاها فى عدتها وقالت فرقة من المتأخرين لا يتزوجها هو ولا غيره في العدة ✡ وسبب اختلافهم هل المنع من النكاح في العدة عبادة أو ليس بعبادة بل معلل واختلفوا في عدة المختلعة وسيأتى بعد . واختلفوا اذا اختلف الزوج والزوجة في مقدار العدد الذى وقع به الخلع فقال مالك القول قوله ان لم يكن هنالك بينة وقال الشافعي يتحالفان ويكون عليها مهر المثل شبه الشافعي اختلافهما باختلاف المتبايعين وقال مالك هي مدعى عليها وهو مدع ومسائل هذا الباب كثيرة وليس مما يليق بقصدنا .

الباب الرابع

واختلف قول مالك رحمه الله في الفرق بين الفسخ الذى لايعتد به فى التطليقات الثلاث وبين الطلاق الذى يعتد به فى الثلاث الى قولين ، أحدهما ان النكاح ان كان فيه خلاف خارج عن مذهبه أعنى في جوازه وكان الخلاف مشهورا فالفرقة عنده فيه طلاق مثل الحكم بتزويج المرأة نفسها والمحرم فهذه على هذه الرواية هي طلاق لافسخ ، والقول الثاني ان الاعتبار في ذلك هو بالسبب الموجب للتفرق فان كان غير راجع الى الزوجين مما لو أراد الاقامة على الزوجية معه لم يصح كان فسخا مثل نكاح المحرمة بالرضاع أو النكاح في العدة وان كان مما لهما ان يقيما عليه مثل الرد بالعيب كان طلاقا .

﴿ الباب الخامس ﴾

ومما يعد من أنواع الطلاق مما يرى أن له أحكاما خاصة التمليك والتخيير والتمليك عن مالك في المشهور غير التخيير وذلك أن التمليك هو عنده تمليك المرأة ايقاع الطلاق فهو يحتمل الواحدة فما فوقها ولذلك له أن يناكرها عنده فيما فوق الواحدة والخيار بخلاف ذلك لانه يقتضى ايقاع طلاق تنقطع معه العصمة الا أن يكون تخييرا مقيداً مثل أن يقول لها اختارى نفسك أو اختارى تطليقة او تطليقتين ففى الخيار المطلق عند مالك ليس لها الا أن تختار زوجها أو تبين منه بالثلاث وان اختارت واحدة لم يكن لها ذلك والمملكة لا يبطل تمليكها عنده ان لم يوقع الطلاق حتى يطول الأمر بها على إحدى الروايتين أو يتفرقا من المجلس والرواية الثانية انه يبقى لها التمليك الى أن ترد أو تطلق. والفرق عند مالك بين التمليك وتوكيله اياها على تطليق نفسها ان في التوكيل له ان يعزلها قبل أن تطلق وليس له ذلك في التمليك وقال الشافعي اختارى وأمرك بيدك سواء ولا يكون ذلك طلاقا الا ان ينويه وان نواه فهو ما أراد أن واحدة فواحدة وان ثلاثا فثلاث فله عنده أن يناكرها في الطلاق نفسه وفي العدد فى الخيار أو التمليك وهي عنده ان طلقت نفسها رجعية وكذلك هي عند مالك في التمليك وقال أبو حنيفة وأصحابه الخيار ليس بطلاق فان طلقت نفسها في التمليك واحدة فهى بائنة وقال الثورى الخيار والتمليك واحد لافرق بينهما وقد قيل القول قولها في اعداد الطلاق في التمليك وليس للزوج مناكرتها وهذا القول مروى عن علي وابن المسيب وبه قال الزهرى وعطاء وقد قيل انه ليس للمرأة في التمليك الا ان تطلق نفسها تطليقة واحدة وذلك مروى عن

ابن عباس وعمر رضى الله عنهما روى انه جاء إبن مسعود رجل فقال كان بينى وبين امرأتى بعض مايكون بين الناس فقالت لوأن الذى بيدك من أمرى بيـدى لعلمت كيف أصنع قال فان الذى بيدى من أمرك بيـدك قالت فانت طالق ثلاثا قال أراها واحـدة وأنت أحق بها مادامت في عدتها وسالقى أمير المؤمنين عمـر ثم لقيه فقص عليه القصة فقال صنع الله بالرجال وفعل يعمدون الى ماجعل الله فى أيديهم فيجعلونه بايدى النساء بفيها التراب ماذا قلت فيها قال قلت أراها واحدة وهو أحق بها قال وأنا أرى ذلك ولو رأيت غير ذلك علمت انك لم تصب .وقدقيل ليس التمليك بشىء لان ماجعل الشرع بيد الرجل ليس يجوز أن يرجع الى يد المرأة بجعل جاعل وكذلك التخيير وهو قول أبى محمد بن حزم وقول مالك في المملكة ان لها الخيار في الطلاق أو البقاء على العصمة مادامت في المجلس وهوقول الشافعى وأبى حنيفة والاوزاعى وجماعة فقهاء الامصار وعند الشافعى أن التمليك اذا اراد به الطلاق كالوكالة وله أن يرجع في ذلك متى أحب ذلك مالم يوقع الطلاق وانما صار الجمهور للقضاء بالتمليك أو التخيير وجعل ذلك للنساء لماثبت من تخيير رسول الله صلى الله عليه وسلم نساءه قالت عائشة خيرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم فاخترناه فلم يكن طلاقا لكن أهل الظاهر يرون أن معنى ذلك انهن لو اخترن أنفسهن طلقهن رسول الله صلى الله عليه وسلم لا انهن كن يطلقن بنفس اختيار الطلاق وانما صار جمهور الفقهاء الى ان التخيير والتمليك واحد في الحـكم لان من عرف دلالة اللغة ان من ملك انسانا أمراً من الامور ان شاء ان يفعله اولا يفعله فانه قد خيره . وأما مالك فيرى أن قوله لها اختارينى او اختارى نفسك انه ظاهر بعرف الشرع في معنى البينونة بتخيير رسول الله صلى الله عليه وسلم نساءه لان المفهوم منه انما كان البينونة وانما رأى مالك انه لا يقبل قول الزوج في التمليك انه لم يرد به طلاقا اذا زعم ذلك لانه لفظ ظاهر فى معنى جعل الطلاق بيدها وأما الشافعى فلما لم يكن اللفظ عنده نصاً اعتبر فيه النية * فسبب الخلاف هل يغلب ظاهر اللفظ اودعوى النية وكذلك فعل في التخيير وانما اتفقوا على ان له مناكرتها في العدد أعنى فى لفظ التمليك لانه لا يدل عليه دلالة محتملة فضلا عن ظاهره . وانما رأى مالك والشافعى انه اذا طلقت نفسها بتمليكه اياها طلقة واحدة انما تكون رجعية لان الطلاق انما يحمل على العرف الشرعى وهو طلاق السنة وانمـا رأى أبو حنيفة انها بائنة لانه اذا كان له عليها رجعة لم يكن لمـا طلبت من التمليك فائدة ولمـا قصد هو من ذلك . وأما من رأى ان لها ان تطلق نفسها في التمليك ثلاثا وانه ليس للزوج مناكرتها في ذلك فلان معنى التمليك عنده انما هو تصيير جميع ما كان بيد الرجل من الطلاق بيـد المرأة فهى مخيرة فيما توقعه

من أعداد الطلاق . وأما من جعل التمليك طلقة واحدة فقط أو التخيير فانما ذهب الى انه أقل ماينطلق عليه الاسم واحتياطا للرجال لان العلة في جعل الطلاق بايدى الرجال دون النساء هو لنقصان عقلهن وغلبة الشهوة عليهن مع سوء المعاشرة وجمهور العلماء على ان المرأة اذا اختارت زوجها انه ليس بطلاق لقول عائشة المتقدم وروى عن الحسن البصرى انها اذا اختارت زوجها فواحدة واذا اختارت نفسها فثلاث فيتحصل في هذه المسئلة الخلاف في ثلاثة مواضع . أحدها انه لايقع بواحد منهما طلاق . والثانى انه تقع بينهما فرقة . والثالث الفرق بين التخيير والتمليك فيما تملك به المرأة أعني ان تملك بالتخيير البينونة وبالتمليك مادون البينونة واذا قلنا بالبينونة فقيل تملك واحدة وقيل تملك الثلاث واذا قلنا انها تملك واحدة فقيل رجعية وقيل بائنة . وأما حكم الالفاظ التى تجيب بها المرأة في التخيير والتمليك فهى ترجع الى حكم الالفاظ التى يقع بها الطلاق في كونها صريحة في الطلاق أو كناية أو محتملة وسيأتى تفصيل ذلك عند التكلم في الالفاظ الطلاق .

(الجملة الثانية) وفي هذه الجملة ثلاث أبواب ؛ البـاب الاول في ألفاظ الطلاق وشروطه ، الباب الثانى في تفصيل من يجوز طلاقه ممن لايجوز ، الباب الثالث في تفصيل من يقع عليها الطلاق من النساء ممن لايقع .

(الباب الاول) وهذا الباب فيه فصلان ، الفصل الاول في انواع ألفاظ الطلاق المطلقة ، الفصل الثانى في أنواع ألفاظ الطلاق المقيدة .

(الفصل الاول)

أجمع المسلمون على ان الطلاق يقع اذا كان بنية وبلفظ صريح . واختلفوا هل يقع بالنية مع اللفظ الذى ليس بصريح أو بالنية دون اللفظ أو باللفظ دون النية فمن اشترط النية واللفظ الصريح فاتباعا لظاهر الشرع وكذلك من أقام الظاهر مقام الصريح ومن شبهه بالعقد في النذر وفي اليمين أوقعه بالنية فقط ومن أعمل التهمة أوقعه باللفظ واتفق الجمهور على أن ألفاظ الطلاق المطلقة صنفان صريح وكناية.واختلفوا في تفصيل الصريح من الكناية وفي أحكامها وما يلزم فيها ونحن قاصدون من ذلك ذكر المشهور وما يجرى مجرى الاصول فقال مالك وأصحابه الصريح هو لفظ الطلاق فقط وما عدا ذلك كناية وهي عنده على ضربين ظاهرة ومحتملة وبه قال أبو حنيفة وقال الشافعي ألفاظ الطلاق الصريحة ثلاث ، الطلاق ، والفراق ، والسراح وهى المذكورة في القرآن وقال بعض أهل الظاهر لايقع طلاق الا بهذه الثلاث فهـذا هو

اختلافهم في صريح الطلاق من غير صريحه وانما اتفقوا على ان لفظ الطلاق صريح لان دلالته على هذا المعنى الشرعى دلالة وضعية بالشرع فصار أصلا في هذا الباب . وأما ألفاظ الفراق والسراح فهى مترددة بين ان يكون للشرع فيها تصرف اعنى ان تدل بعرف الشرع على المعنى الذى يدل عليه الطلاق أو هى باقية على دلالتها اللغوية فأذا استعملت فى هذا المعنى أعنى في معنى الطلاق كانت مجازا اذ هذا هو معنى الكناية اعنى اللفظ الذى يكون مجازاً في دلالته وانما ذهب من ذهب الى انه لايقع الطلاق الا بهذه الالفاظ الثلاثة لان الشرع انما ورد بهذه الالفاظ الثلاثة وهى عبادة ومن شرطها اللفظ فوجب أن يقتصر بها على اللفظ الشرعى الوارد فيها . فأما اختلافهم فى أحكام صريح ألفاظ الطلاق ففيه مسئلتان مشهورتان احداها اتفق مالك والشافعى وأبو حنيفة عليها ، والثانية اختلفوا فيها . فأما التى اتفقوا عليها فان مالكا والشافعى وأبا حنيفة قالوا لايقبل قول المطلق اذا نطق بألفاظ الطلاق انه لم يرد به طلاقا اذا قال لزوجته أنت طالق وكذلك السراح والفراق عند الشافعى واستثنت المالكية بان قالت الا ان تقترن بالحالة أو بالمرأة قرينة تدل على صدق دعواه مثل ان تسأله ان يطلقها من وثاق هي فيه وشبهه فيقول لها أنت طالق . وفقه المسئلة عند الشافعى وأبى حنيفة ان الطلاق لايحتاج عندهم الى نية . وأما مالك فالمشهور عنه ان الطلاق عنده يحتاج الى النية لكن لم ينوه ههنا لموضع التهم ومن رأيه الحكم بالتهم سدا للذرائع وذلك مما خالفه فيه الشافعى وأبو حنيفة فيجب على رأى من يشترط النية في ألفاظ الطلاق ولا يحكم بالتهم ان يصدقه فيما ادعى .

(وأما المسئلة الثانية) فهى اختلافهم فيمن قال لزوجته أنت طالق وادعى انه أراد بذلك أكثر من واحدة اما اثنتين واما ثلاثا فقال مالك هو ما نوى وقد لزمه وبه قال الشافعى الا ان يقيد فيقول طلقة واحدة وهذا القول هو المختار عند أصحابه . وأما أبو حنيفة قال يقع ثلاث بلفظ الطلاق لان العدد لايتضمنه لفظ الافراد لا كناية ولا تصريحاً ✡ وسبب اختلافهم هل يقع الطلاق بالنية دون اللفظ أو بالنية مع اللفظ المحتمل فمن قال بالنية أوجب الثلاث وكذلك من قال بالنية واللفظ المحتمل ورأى ان لفظ الطلاق يحتمل العدد ومن رأى انه لايحتمل العدد وانه لابد من اشتراط اللفظ في الطلاق مع النية قال لايجب العدد وان نواه وهذه المسئلة اختلفوا فيها وهى من مسائل شروط ألفاظ الطلاق أعنى اشتراط النية مع اللفظ أو بانفراد أحدها فالمشهور عن مالك أن الطلاق لايقع الا باللفظ والنية وبه قال أبو حنيفة وقد روى عنه انه

يقع باللفظ دون النية وعند الشافعي أن لفظ الطلاق الصريح لا يحتاج الى نية فمن اكتفى بالنية احتج بقوله صلى الله عليه وسلم انما الاعمال بالنيات ومن لم يعتبر النية دون اللفظ احتج بقوله عليه الصلاة والسلام: رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما حدثت به أنفسها والنية دون قول حديث نفس قال وليس يلزم من اشترط النية في العمل في الحديث المتقدم أن تكون النية كافية بنفسها واختلف المذهب هل يقع بلفظ الطلاق في المدخول بها طلاق بائن اذا قصد ذلك المطلق ولم يكن هنالك عوض فقيل يقع وقيل لا يقع وهذه المسئلة هي من مسائل أحكام صريح ألفاظ الطلاق. وأما ألفاظ الطلاق التي ليست بصريح فمنها ما هي كناية ظاهرة عند مالك ومنها ما هي كناية محتملة ومذهب مالك انه اذا دعى في الكناية الظاهرة أنه لم يرد طلاقا لم يقبل قوله الا أن تكون هنالك قرينة تدل على ذلك كرأيه في الصريح وكذلك لا يقبل عنده ما يدعيه من دون الثلاث في الكنايات الظاهرة وذلك في المدخول بها الا ان يكون قال ذلك في الخلع، وأما غير المدخول بها فيصدقه في الكناية الظاهرة فيما دون الثلاث لأن طلاق غير المدخول بها بائن وهذه هي مثل قولهم حبلك على غاربك ومثل البتة ومثل قولهم أنت خلية وبرية، وأما مذهب الشافعي في الكنايات الظاهرة فانه يرجع في ذلك الى ما نواه فان كان نوى طلاقا كان طلاقاً وان كان نوى ثلاثا كان ثلاثا أو واحدة كان واحدة ويصدق في ذلك وقول أبي حنيفة في ذلك مثل قول الشافعي الا انه اذا نوى على أصله واحدة أو اثنتين وقع عنده طلقة واحدة بائنة وان اقترنت به قرينة تدل على الطلاق وزعم انه لم ينوه لم يصدق وذلك اذا كان عنده في مذاكرة الطلاق وأبو حنيفة يطلق بالكنايات كلها اذا اقترنت بها هذه القرينة الا أربع حبلك على غاربك واعتدي واستبرئي وتقنعي لانها عنده من المحتملة غير الظاهرة وأما ألفاظ الطلاق المحتملة غير الظاهرة فعند مالك انه يعتبر فيها نيته كالحال عند الشافعي في الكناية الظاهرة وخالفه في ذلك جمهور العلماء فقالوا ليس فيها شيء وان نوى طلاقا فيتحصل في الكنايات الظاهرة ثلاثة أقوال؛ قول انه يصدق بالطلاق وهو قول الشافعي؛ وقول انه لا يصدق بالطلاق الا ان يكون هنالك قرينة وهو قول مالك. وقول انه يصدق الا ان يكون في مذاكرة الطلاق وهو قول أبي حنيفة وفي المذهب خلاف في مسائل يتردد حملها بين الظاهر والمحتمل وبين قوتها وضعفها في الدلالة على صفة البينونة فوقع فيها الاختلاف وهي راجعة الى هذه الاصول وانما صار مالك الى انه لا يقبل قوله في الكنايات الظاهرة انه لم يرد به طلاقا لان العرف اللغوي والشرعي شاهد عليه وذلك أن هذه الالفاظ انما تلفظ بها الناس غالباً والمراد بها الطلاق الا ان يكون هنالك قرينة تدل على خلاف ذلك وانما صار الى انه لا يقبل

قوله فيما يدعيه دون الثلاث لان الظاهر من هذه الالفاظ هو البينونة والبينونة لا تقع الا خلعا عنده في المشهور أو ثلاثا واذا لم تقع خلعا لانه ليس هناك عوض فبقي ان يكون ثلاثا وذلك في المدخول بها ويتخرج على القول في المذهب بان البائن تقع من دون عوض ودون عدد أن يصدق في ذلك وتكون واحدة بائنة وحجة الشافعي انه اذا وقع الاجماع على انه يقبل قوله فيما دون الثلاث في صريح ألفاظ الطلاق كان أحرى ان يقبل قوله في كنايته لان دلالة الصريح أقوى من دلالة الكناية ويشبه ان تقول المالكية ان لفظ الطلاق وان كان صريحا في الطلاق فليس بصريح في العدد ومن الحجة للشافعي حديث ركانة المتقدم وهو مذهب عمر في حبلك على غاربك وانما صار الشافعي الى أن الطلاق في الكنايات الظاهرة اذا نوى ما دون الثلاث يكون رجعيا لحديث ركانة المتقدم وصار أبو حنيفة الا أنه يكون بائنا لانه المقصود به قطع العصمة ولم يجعله ثلاثا لان الثلاث معنى زائد على البينونة عنده ✡ فسبب اختلافهم هل يقدم عرف اللفظ على النية أو النية على عرف اللفظ واذا غلبنا عرف اللفظ فهل يقتضي البينونة فقط أو العدد فمن قدم النية لم يقض عليه بعرف اللفظ ومن قدم العرف الظاهر لم يلتفت الى النية ومما اختلف فيه الصدر الاول وفقهاء الامصار من هذا الباب أعني من جنس المسائل الداخلة في هذا الباب لفظ التحريم أعني من قال لزوجه أنت علي حرام وذلك ان مالكا قال يحمل في المدخول بها على البت اى الثلاث وينوى في غير المدخول بها وذلك على قياس قوله المتقدم في الكنايات الظاهرة وهو قول ابن أبي ليلى وزيد بن ثابت وعلي من الصحابة وبه قال اصحابه الا ابن الماجشون فانه قال لا ينوى في غير المدخول بها وتكون ثلاثا فهذا هو احد الاقوال في هذه المسئلة والقول الثاني انه ان نوى بذلك ثلاثا فهي ثلاث وان نوى واحدة بائنة وان نوى يمينا فهو يمين يكفرها وان لم ينو به طلاقا ولا يمينا فليس بشيء هي كذبة وقال بهذا القول الثوري ، والقول الثالث انه يكون ايضا ما نوى بها ان نوى واحدة فواحدة او ثلاثا فثلاث وان لم ينو شيئا فهو يمين يكفرها وهذا القول قاله الأوزاعي. والقول الرابع انه ينوى فيها في الموضعين في ارادة الطلاق وفي عدده فما نوى كان مانوى فان نوى واحدة كان رجعيا وان أراد تحريمها بغير طلاق فعليه كفارة يمين وهو قول الشافعي ، والقول الخامس انه ينوى أيضاً في الطلاق وفي العدد فان نوى واحدة كانت بائنة فان لم ينو طلاقا كانت يمينا وهو مول فان نوى الكذب فليس بشيء وهذا القول قاله أبو حنيفة وأصحابه . والقول السادس انها يمين يكفرها ما يكفر اليمين الا ان بعض هؤلاء قال يمين مغلظة وهو قول عمر وابن مسعود وابن عباس وجماعة من التابعين وقال ابن عباس وقد سئل عنها لقد

كان لكم في رسول الله أسوة حسنة خرجه البخارى ومسلم ذهب الى الاحتجاج بقوله تعالى (ياأيها النبي لم تحرم ما أحل الله لك) الآية . والقول السابع أن تحريم المرأة كتحريم الماء وليس فيه كفارة ولاطلاق لقوله تعالى (لاتحرموا طيبات ماأحل الله لكم) وهو قول مسروق الاجدع وأبى سلمة بن أبى عبدالرحمن والشعبي وغيرهم ومن قال فيها أنها غير مغلظة بعضهم أوجب فيها الواجب في الظاهر وبعضهم اوجب فيها عتق رقبة ☆ وسبب الاختلاف هل هو يمين أو كناية أو ليس بيمين ولا كناية فهذه أصول مايقع من الاختلاف في ألفاظ الطلاق .

﴿ الفصل الثانى في الفاظ الطلاق المقيدة ﴾

والطلاق المقيد لايخلو من قسمين . اما تقييد اشتراط أو تقييد استثناء والتقييد المشترط لايخلو ان يعلق بمشيئة من له اختيار أو بوقوع فعل من الافعال المستقبلة أو بخروج شيء مجهول العلم الى الوجود على مايدعيه المعلق للطلاق به مما لا يتوصل الى علمه الا بعد خروجه الى الحس أو الى الوجود أو بما لاسبيل الى الوقوف عليه مما هو ممكن أن يكون أو لا يكون . فأما تعليق الطلاق بالمشيئة فانه لايخلو ان يعلقه بمشيئة الله أو بمشيئة مخلوق فاذا علقه بمشيئة الله وسواء علقه على جهة الشرط مثل أن يقول أنت طالق ان شاء الله أو على جهة الاستثناء مثل ان يقول أنت طالق الا أن يشاء الله فان مالكا قال لايؤثر الاستثناء في الطلاق شيئا وهو واقع ولابد وقال أبو حنيفة والشافعى اذا استثنى المطلق مشيئة الله لم يقع الطلاق ☆ وسبب الخلاف هل يتعلق الاستثناء بالافعال الحاضرة الواقعة كتعلقه بالافعال المستقبلة أو لايتعلق وذلك ان الطلاق هو فعل حاضر فمن قال لايتعلق به قال لايؤثر الاستثناء ولا اشتراط المشيئة في الطلاق ومن قال يتعلق به قال يؤثر فيه . وأما ان علق الطلاق بمشيئة من تصح مشيئته ويتوصل الى علمها فلاخلاف في مذهب مالك ان الطلاق يقف على اختيار الذى علق الطلاق بمشيئته . وأما تعليق الطلاق بمشيئة من لامشيئة له ففيه خلاف في المذهب قيل يلزمه الطلاق وقيل لايلزمه والصبي والمجنون داخلان في هذا المعنى فمن شبهه بطلاق الهزل وكان الطلاق بالهزل عنده يقع قال يقع هذا الطلاق ومن اعتبر وجود الشرط قال لايقع لان الشرط قد عدم ههنا . وأما تعليق الطلاق بالافعال المستقبلة فان الافعال التى يعلق بها توجد على ثلاثة أضرب ، أحدها مايمكن أن يقع أو لا يقع على السواء كدخول الدار وقدوم زيد فهذا يقف وقوع الطلاق فيه على وجود الشرط بلا خلاف . وأما مالابد من وقوعه كطلوع الشمس غداً فهذا يقع ناجزا عند مالك

ويقف وقوعه عند الشافعي وأبي حنيفة على وجود الشرط فمن شبهه بالشرط الممكن الوقوع قال لا يقع الا بوقوع الشرط ومن شبهه بالوطء الواقع في الاجل بنكاح المتعة لكونه وطئا مستباحا الى أجل قال يقع الطلاق ، والثالث هو بحسب العادة منه وقوع الشرط وقد لا يقع كتعلق الطلاق بوضع الحمل ومجيء الحيض والطهر ففي ذلك روايتان عن مالك ، احداهما وقوع الطلاق ناجزا ، والثانية وقوعه على وجود شرطه وهو الذي يأتي على مذهب أبي حنيفة والشافعي والقول بانجاز الطلاق في هـذا يضعف لانه مشبه عنده بما يقع ولا بد والخلاف فيه قوي . وأما تعليق الطلاق بالشرط المجهول الوجود فان كان لا سبيل الى علمه مثل أن يقول ان كان خلق الله اليوم في بحر القلزم حوتاً بصفة كذا فأنت طالق فلا خلاف أعلمه في المذهب ان الطلاق يقع في هـذا . وأما ان علقه بشيء يمكن ان يعلم بخروجه الى الوجود مثل ان يقول ان ولدت انثى فانت طالق فان الطلاق يتوقف على خروج ذلك الشيء الى الوجود . وأما ان حلف بالطلاق انها تلد انثى فان الطلاق في الحين يقع عنده وان ولدت انثى وكان هذا من باب التغليظ والقياس يوجب ان يوقف الطلاق على خروج ذلك الشيء أو ضده ومن قول مالك انه اذا أوجب الطلاق على نفسه بشرط ان يفعل فعلا من الافعال انه لا يحنث حتى يفعل ذلك الفعل واذا أوجب الطلاق على نفسه بشرط ترك فعل من الافعال فانه على الحنث حتى يفعل ويوقف عنده عن وطء زوجته فان امتنع عن ذلك الفعل أكثر من مدة أجل الايلاء ضرب له أجل الايلاء ولكن لا يقع عنده حتى يفوت الفعل ان كان مما يقع فوته ومن العلماء من يرى أنه على بر حتى يفوت الفعل وان كان مما لا يفوت كان على البر حتى يموت ❊ ومن هذا الباب اختلافهم في تبعيض المطلقة أو تبعيض الطلاق أو إرداف الطلاق على الطلاق . فاما مسئلة تبعيض المطلقة فان مالكا قال اذا قال يدك أو رجلك أو شعرك طالق طلقت عليه وقال أبو حنيفة لا تطلق الا بذكر عضو يعبر به عن جملة البدن كالرأس والقلب والفرج وكذلك تطلق عنده اذا طلق الجزء منها مثل الثلث أو الربع وقال داود لا تطلق وكذلك اذا قال عند مالك طلقتك نصف تطليقة طلقت لان هذا كله عنـده لا يتبعض وعنـد المخالف اذا تبعض لم يقع . وأما اذا قال لغير المدخول بها أنت طالق أنت طالق أنت طالق نسقاً فانه يكون ثلاثاً عند مالك وقال أبو حنيفة والشافعي يقع واحدة فمن شبه تكرار اللفظ بلفظه بالمدد أعني بقوله طلقتك ثلاثا قال يقع الطلاق ثلاثا ومن رأى أنه باللفظة الواحدة قد بانت منه قال لا يقع عليها الثاني والثالث ولا خلاف بين المسلمين في ارتدافه في الطلاق الرجعي . وأما الطلاق المقيد بالاستثناء فانما يتصور في العدد فقط فاذا طلق أعداداً من الطلاق فلا يخلو من

ثلاثة أحوال . إما ان يستثنى ذلك العدد بعينه مثل ان يقول أنت طالق ثلاثا الاثلاثا أو اثنتين الاثنتين . وإما ان يستثنى ماهو أقل واذا استثنى ماهو أقل . فاما أن يستثنى ماهو أقل مماهو أكثر . وأما أن يستثنى ماهو أكثر مما هو أقل فاذا استثنى الاقل من الاكثر فلا خلاف أعلمه ان الاستثناء يصح ويسقط المستثنى مثل أن يقول أنت طالق ثلاثا الاواحدة . واما ان استثنى الاكثر من الاقل فيتوجه فيه قولان ، أحدهما أن الاستثناء لا يصح وهو مبنى على من منع أن يستثنى الاكثر من الاقل ، والآخر أن الاستثناء يصح وهو قول مالك . وأما اذا استثنى ذلك العدد بعينه مثل أن يقوله أنت طالق ثلاثا الا ثلاثا فان مالكا قال يقع الطلاق لانه اتهمة على أنه رجوع منه . وأما اذا لم يقل بالتهمة وكان قصده بذلك استحالة وقوع الطلاق فلا طلاق عليه كما لو قال أنت طالق لا طالق معا فان وقوع الشىء مع ضده مستحيل وشذ أبو محمد ابن حزم فقال لا يقع طلاق بصفة لم تقع بعد ولا بفعل لم يقع لان الطلاق لايقع فى وقت وقوعه الا بايقاع من يطلق فى ذلك الوقت ولا دليل من كتاب ولا سنة ولا اجماع على وقوع طلاق فى وقت لم يوقعه فيه المطلق وإنما ألزم نفسه ايقاعه فيه فان قلنا باللزوم لزم أن يوقف عند ذلك الوقت حتى يوقع هذا قياس قوله عندى وحجته وان كنت لست أذكر فى هذا الوقت احتجاجه فى ذلك .

(الباب الثانى فى المطلق الجائز الطلاق) واتفقوا على أنه الزوج العاقل البالغ الحر غير المكره واختلفوا فى طلاق المكره والسكران وطلاق المريض وطلاق المقارب للبلوغ . واتفقوا على أنه يقع طلاق المريض ان صح . واختلفوا هل ترثه ان مات أم لا . فاما طلاق المكره فانه غير واقع عند مالك والشافعى وأحمد وداود وجماعة وبه قال عبد الله بن عمر وابن الزبير وعمر بن الخطاب وعلى بن أبى طالب وابن عباس . وفرق أصحاب الشافعى بين أن ينوى الطلاق أولا ينوى شيئا فان نوى الطلاق فعنهم قولان أصحهما لزومه وان لم ينو فقولان أصحهما أنه لا يلزم وقال أبو حنيفة وأصحابه هو واقع وكذلك عتقه دون بيعه ففرقوا بين البيع والطلاق والعتق * وسبب الخلاف هل المطلق من قبل الاكراه مختار أم ليس بمختار لانه ليس يكره على اللفظ اذ كان اللفظ انما يقع باختياره والمكره على الحقيقة هو الذى لم يكن له اختيار فى ايقاع الشىء أصلا وكل واحد من الفريقين يحتج بقوله عليه السلام: رفع عن أمتى الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه ولكن الاظهر أن المكره على الطلاق وان كان موقعا للفظ باختياره انه ينطلق عليه فى الشرع اسم المكره لقوله تعالى (الا من أكره وقلبه مطمئن بالايمان) وانما فرق أبو حنيفة بين

البيع والطلاق لان الطلاق مغاظ فيه ولذلك استوى جـده وهزله وأما طلاق الصبي فان المشهور عن مالك أنه لا يلزمه حتى يبلغ وقال في مختصر ما ليس في المختصر أنه يلزمه اذا ناهز الاحتلام وبه قال أحمد بن حنبل اذا هو أطاق صيام رمضان وقال عطاء اذا بلغ اثنتى عشرة سنة جاز طلاقه وروى عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه وأما طلاق السكران فالجمهور من الفقهاء على وقوعه وقال قوم لا يقع منهم المزنى وبعض أصحاب أبى حنيفة ۞ والسبب في اختلافهم هل حكمه حكم المجنون أم بينهما فرق فمن قال هو والمجنون سواء اذ كان كلاهما فاقدا للعقل ومن شرط التكليف العقل قال لا يقع ومن قال الفرق بينهما أن السكران أدخـل الفساد على عقله بارادته والمجنون بخلاف ذلك ألزم السكران الطلاق وذلك من باب التغليظ عليه واختلف الفقهاء فيما يلزم السكران بالجملة من الاحكام وما لا يلزمه فقال مالك يلزمه الطلاق والعتق والقود من الجراح والقتل ولم يلزمه النكاح ولا البيع وألزمه أبو حنيفة كل شىء وقال الليث كل ما جاء من منطق السكران فموضوع عنه ولا يلزمه طلاق ولا عتق ولا نـكاح ولا بيع ولا حد في قذف وكل ما جنته جوارحه فلازم له فيحد في الشرب والقتل والزنا والسرقة وثبت عن عثمان بن عفان رضى الله عنه أنه كان لا يرى طلاق السكران وزعم بعض أهل العلم أنه لا مخالف لعثمان في ذلك من الصحابة وقول من قال ان كل طلاق جائز الا طلاق المعتوه ليس نصا في الزام السكران الطلاق لان السكران معتوه ما وبه قال داود وأبو ثور واسحق وجماعة من التابعين أعنى أن طلاقه ليس يلزم وعن الشافعى القولان في ذلك واختار أكثر أصحابه قوله الموافق للجمهور واختار المزنى من أصحابه أن طلاقه غير واقع. واما المريض الذى يطلق طلاقا بائنا ويموت من مرضه فان مالكا وجماعة يقول ترثه زوجته والشافعى وجماعة لا يورثها. والذين قالوا بتوريثها انقسموا ثلاث فرق ففرقة قالت لها الميراث ما دامت في العدة وممن قال بذلك أبو حنيفة وأصحابه والثورى، وقال قوم لها الميراث ما لم تتزوج وممن قال بهذا احمد وابن أبى ليلى، وقال قوم بل ترث كانت في العدة اولم تكن تزوجت أم لم تتزوج وهو مذهب مالك والليث ۞ وسبب الخلاف اختلافهم في وجوب العمل بسد الذرائع وذلك أنه لما كان المريض يتهم في ان يكون انما طلق في مرضه زوجته ليقطع حظها من الميراث فمن قال بسد الذرائع اوجب ميراثها ومن لم يقل بسد الذرائع ولحظ وجوب الطلاق لم يوجب لها ميراثا وذلك ان هذه الطائفة تقول ان كان الطلاق قد وقع فيجب ان يقع بجميع احكامه لانهم قالوا انه لا يرثها ان ماتت وان كان لم يقع فالزوجية باقية بجميع احكامها ولا بد لخصومهم

من احد الجوابين لانه يعسر ان يقال ان في الشرع نوعا من الطلاق توجد له بعض احكام الطلاق وبعض احكام الزوجية واعسر من ذلك القول بالفرق بين ان يصح اولا يصح لان هذا يكون طلاقا موقوف الحكم الى ان يصح اولا يصح وهذا كله مما يعسر القول به في الشرع ولكن انما انس القائلين به انه فتوى عثمان وعمر حتى زعمت المالكية انه اجماع الصحابة ولا معنى لقولهم فان الخلاف فيه عن ابن الزبير مشهور واما من رأى انها ترث في العدة فلان العدة عنده من بعض أحكام الزوجية وكانه شبهها بالمطلقة الرجعية وروى هذا القول عن عمر وعن عائشة . وأما من شترط في توريثها مالم تتزوج فانه لحظ في ذلك اجماع المسلمين على أن المرأة الواحدة لاترث زوجين ولكون التهمة هي العلة عند الذين أوجبوا الميراث . واختلفوا اذا طلبت هي الطلاق أو ملكها أمرها الزوج فطلقت نفسها فقال أبو حنيفة لاترث أصلا وفرق الاوزاعى بين التمليك والطلاق فقال ليس لها الميراث في التمليك ولها في الطلاق وسوى مالك في ذلك كله حتى لقد قال ان ماتت لايرثها وترثه هي ان مات وهذا مخالف للاصول جداً .

﴿ الباب الثالث فيمن يتعلق به الطلاق من النساء ومن لايتعلق ﴾

وأمامن يقع طلاقه من النساء فانهم اتفقوا على ان الطلاق يقع على النساء اللاتى في عصمة أزواجهن أوقبل أن تنقضى عدتهن في الطلاق الرجعى وانه لايقع على الاجنبيات أعنى الطلاق المطلق . وأما تعليق الطلاق على الاجنبيات بشرط التزويج مثل أن يقول ان نكحت فلانة فهى طالق فان للعلماء في ذلك ثلاثة مذاهب قول ان الطلاق لايتعلق باجنبية أصلا عم المطلق أو خص وهو قول الشافعى وأحمد وداود وجماعة وقول انه يتعلق بشرط التزويج عمم المطلق جميع النساء أو خصص وهو قول أبى حنيفة وجماعة وقول انه ان عم جميع النساء لم يلزمه وان خصص لزمه وهو قول مالك وأصحابه أعنى مثل ان يقول كل امرأة أتزوجها من بنى فلان أو من بلد كذا فهى طالق وكذلك في وقت كذا فان هؤلاء يطلقن اذا زوجن * وسبب الخلاف هل من شرط وقوع الطلاق وجود الملك متقدما بالزمان على الطلاق أم ليس ذلك من شرطه فمن قال هو من شرطه قال لايتعلق الطلاق بالاجنبية ومن قال ليس من شرطه الاوجود الملك فقط قال يقع بالاجنبية وأما الفرق بين التعميم والتخصيص فاستحسان مبنى على المصلحة وذلك انه اذا عمم فاوجبنا عليه التعميم لم يجد سبيلا الى النكاح الحلال فكان ذلك عنتابه وحرجا وكانه من باب نذر المعصية وأما اذا خصص فليس الامر كذلك اذا

الزمناء الطلاق واحتج الشافعي بحديث عمرو بن شعيب عن جده قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : لاطلاق الا من بعد نكاح وفي رواية أخرى لاطلاق فيما لا يملك ولا عتق فيما لا يملك وثبت ذلك عن علي ومعاذ وجابر بن عبد الله وابن عباس وعائشة وروى مثل قول أبي حنيفة عن عمر وابن مسعود وضعف قوم الرواية بذلك عن عمر رضي الله عنهم .

(الجملة الثالثة في الرجعة بعد الطلاق) ولما كان الطلاق على ضربين ، بائن ، ورجعي وكانت أحكام الرجعة بعد الطلاق البائن غير أحكام الرجعة بعد الطلاق الرجعي وجب أن يكون في هذا الجنس بابان ، الباب الاول في أحكام الرجعة في الطلاق الرجعي ، الباب الثاني في أحكام الارتجاع في الطلاق البائن .

(الباب الاول)

وأجمع المسلمون على أن الزوج يملك رجعة الزوجة في الطلاق الرجعي مادامت في العدة من غير اعتبار رضاها لقوله تعالى (وبعولتهن أحق بردهن في ذلك) وان من شرط هذا الطلاق تقدم المسيس له واتفقوا على انها تكون بالقول والاشهاد . واختلفوا هل الاشهاد شرط في صحتها أم ليس بشرط وكذلك اختلفوا هل تصح الرجعة بالوطء . فاما الاشهاد فذهب مالك الى انه مستحب وذهب الشافعي الى انه واجب ☆ وسبب الخلاف معارضة القياس للظاهر وذلك ان ظاهر قوله تعالى (وأشهدوا ذوى عدل منكم) يقتضي الوجوب وتشبيه هذا الحق بسائر الحقوق التي يقبضها الانسان يقتضي أن لا يجب الاشهاد فكان الجمع بين القياس والآية حمل الآية على الندب . وأما اختلافهم فيما تكون به الرجعة فان قوما قالوا لاتكون الرجعة الا بالقول فقط وبه قال الشافعي وقوم قالوا تكون رجعتها بالوطء وهؤلاء انقسموا قسمين فقال قوم لا تصح الرجعة بالوطء الا اذا نوى بذلك الرجعة لان الفعل عنده يتنزل منزلة القول مع النية وهو قول مالك وأما أبو حنيفة فأجاز الرجعة بالوطء اذا نوى بذلك الرجعة ودون النية فاما الشافعي فقاس الرجعة على النكاح وقال قد أمر الله بالاشهاد ولا يكون الاشهاد الا على القول . واما سبب الاختلاف بين مالك وابي حنيفة فان أبا حنيفة يرى ان الرجعة محللة الوطء عنده قياسا على المولى منها وعلى المظاهرة ولان الملك لم ينفصل عنده ولذلك كان التوارث بينهما وعند مالك ان وطء الرجعية حرام حتى يرتجعها فلا بد عنده من النية فهذا هو اختلافهم في شروط صحة الرجعة واختلفوا في مقدار ما يجوز للزوج ان يطلع عليه من المطلقة الرجعية مادامت

في العدة فقال مالك لايخلو معها ولايدخل عليها الاباذنها ولاينظر الى شعرها ولابأس ان يأكل معها اذا كان معهما غيرهما وحكى ابن القاسم انه رجع عن اباحة الاكل معها وقال أبو حنيفة لابأس ان تتزين الرجعية لزوجها وتتطيب له وتتشوف وتبدي البنان والكحل وبه قال الثوري وأبو يوسف والاوزاعي وكلهم قالوا لا يدخل عليها الا ان تعلم بدخوله بقول أو حركة من تنحنح أوخفق نعل * واختلفوا من هذا الباب في الرجل يطلق زوجته طلقة رجعية وهو غائب ثم يراجعها فيبلغها الطلاق ولا تبلغها الرجعة فتتزوج اذا انقضت عدتها فذهب مالك الى انها للذي عقد عليها النكاح دخل بها أولم يدخل هذا قوله في الموطأ وبه قال الاوزاعي والليث وروى عنه ابن القاسم أنه رجع عن القول الأول وانه قال الاول اولى بها الا أن يدخل الثاني وبالقول الاول قال المدنيون من أصحابه ولم يرجع عنه لانه اثبته في موطئه الى يوم مات وهو يقرأ عليه وهوقول عمر بن الخطاب ورواه عنه مالك في الموطأ . واما الشافعي والكوفيون ابو حنيفة وغيرهم فقالوا زوجها الاول الذي ارتجعها أحق بها دخل بها الثاني اولم يدخل وبه قال ابو داود وابو ثور وهو مروي عن علي وهو الا بين وقد روى عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه انه قال في هذه المسئلة ان الزوج الذي ارتجعها مخير بين ان تكون امرأته اوان يرجع عليها بما كان اصدقها وحجة مالك في الرواية الاولى مارواه ابن وهب عن يونس عن ابن شهاب عن سعيد بن المسيب انه قال مضت السنة في الذي يطلق امراته ثم يراجعها فيكتمها رجعتها حتى تحل فتنكح زوجا غيره انه ليس له من امرها شيء ولكنها لمن تزوجها وقد قيل ان هذا الحديث انما يروى عن ابن شهاب فقط وحجة الفريق الاول ان العلماء قد أجمعوا على ان الرجعة صحيحة وإن لم تعلم بها المرأة بدليل انهم قد اجمعوا على ان الاول احق بها قبل ان تتزوج وإذا كانت الرجعة صحيحة كان زواج الثاني فاسداً فان نكاح الغير لا تأثير له في ابطال الرجعة لاقبل الدخول ولا بعد الدخول وهو الاظهر ان شاء الله ويشهد لهذا ماخرجه الترمذي عن سمرة بن جندب ان النبي صلى الله عليه وسلم قال أيما امرأة تزوجها اثنان فهي للاول منهما ومن باع بيعا من رجلين فهو للاول منهما .

(الباب الثاني)

والطلاق البائن أما بما دون الثلاث فذلك يقع في غيرالمدخول بها بلاخلاف وفي الخلعة باختلاف وهل يقع ايضا دون عوض فيه خلاف وحكم الرجعة بعد هذا الطلاق حكم

لابتداء النكاح اعنى فى اشتراط الصداق والولى والرضا الا انه لايعتبر فيه انقضاء العدة عند الجمهور وشذ قوم فقالوا المختلعة لايتزوجها زوجها في العدة ولا غيره وهؤلاء كأنهم رأوا منع النكاح في العدة عبادة وأما البائنة بالثلاث فان العلماء كلهم على ان المطلقة ثلاثا لاتحل لزوجها الاول الا بعد الوطء لحديث رفاعة بن سموال انه طلق امرأته تميمة بنت وهب في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ثلاثا فنكحت عبد الرحمن بن الزبير فاعرض عنها فلم يستطع أن يمسها ففارقها فأراد رفاعة زوجها الاول أن ينكحها فذكر ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فنهاه عن تزويجها وقال لاتحل لك حتى تذوق العسيلة وشذ سعيد بن المسيب فقال انه جائز أن ترجع الى زوجها الاول بنفس العقد لعموم قوله تعالى (حتى تنكح زوجا غيره) والنكاح ينطلق على العقد وكلهم قال التقاء الختانين يحلها الا الحسن البصرى فقال لاتحل الا بوطء بانزال وجمهور العلماء على أن الوطء الذى يوجب الحد ويفسد الصوم والحج ويحل المطلقة ويحصن الزوجين ويوجب الصداق هو التقاء الختانين . وقال مالك وابن القاسم لايحل المطلقة الا الوطء المباح الذى يكون فى العقد الصحيح في غير صوم أوحج أو حيض أو اعتكاف ولا يحل الذمية عندهما وطء زوج ذمى لمسلم ولا وطء من لم يكن بالغا وخالفهما في ذلك كله الشافعي وأبو حنيفة والثورى والاوزاعى فقالوا يحل الوطء وان وقع في عقد فاسد ووقت غير مباح وكذلك وطء المراهق عندهم يحل ويحل وطء الذمى الذمية للمسلم وكذلك المجنون عندهم والخصى الذى يبقى له مايغيبه في الفرج * والخلاف في هذا كله آيل الى هل يتناول اسم النكاح أصناف الوطء الناقص أم لا يتناوله * واختلفوا من هذا الباب في نكاح المحلل أعنى اذا تزوجها على شرط أن يحللها لزوجها الاول فقال مالك النكاح فاسد يفسخ قبل الدخول وبعده والشرط فاسد لاتحل به ولا يعتبر في ذلك عنده ارادة المرأة التحليل وانما يعتبر عنده ارادة الرجل وقال الشافعي وأبو حنيفة النكاح جائز ولا تؤثر النية في ذلك وبه قال دواد وجماعة قالوا هو محلل للزوج المطلق ثلاثا وقال بعضهم النكاح جائز والشرط باطل أى ليس يحللها وهو قول ابن أبى ليلى وروى عن الثورى واستدل مالك وأصحابه بما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم من حديث على بن أبى طالب وابن مسعود وأبى هريرة وعقبة بن عامر انه قال صلى الله عليه وسلم : لعن الله المحلل والمحلل له فلعنه اياه كلعنه آكل الربا وشارب الخمر وذلك يدل على النهى والنهى يدل على فساد المنهى عنه . واسم النكاح الشرعى لاينطلق على النكاح المنهى عنه وأما الفريق الآخر فتعلق بعموم قوله تعالى (حتى تنكح زوجا غيره) وهذا ناكح وقالوا

وليس في تحريم قصد التحليل مايدل على أن عدمه شرط في صحة النكاح كانه ليس النهى عن الصلاة في الدار المغصوبة مما يدل على أن من شرط صحة الصلاة صحة ملك البقعة أو الاذن من مالكها في ذلك قالوا واذا لم يدل النهى على فساد عقد النكاح فاحرى أن لا يدل على بطلان التحليل وانما لم يعتبر مالك قصد المرأة لانه اذا لم يوافقها على قصدها لم يكن لقصدها معنى مع ان الطلاق ليس بيدها ☆ واختلفوا في هل يهدم الزوج مادون الثلاث فقال ابو حنيفة يهدم وقال مالك والشافعي لا يهدم أعنى اذا تزوجت قبل الطلقة الثالثة غير الزوج الاول ثم راجعها هل يعتد بالطلاق الاول أم لا فمن رأى ان هذا شيء يخص الثالثة بالشرع قال لا يهدم مادون الثالثة عنده ومن رأى انه اذا هدم الثالثة فهو أحرى أن يهدم مادونها قال يهدم مادون الثلاث والله أعلم .

(الجملة الرابعة) وهذه الجملة فيها بابان ؛ الاول في العدة ، الثاني في المتعة .

(الباب الاول)

والنظر في هذا الباب في فصلين. الفصل الاول في عدة الزوجات . الفصل الثاني في عدة ملك اليمين .

(الفصل الاول)

والنظر في عدة الزوجات ينقسم الى نوعين . أحدهما في معرفة العدة . والثاني في معرفة أحكام العدة (النوع الاول) وكل زوجة فهي إما حرة واما أمة وكل واحدة من هاتين اذا طلقت فلا يخلو أن تكون مدخولا بها أو غير مدخول بها فاما غير المدخول بها فلا عدة عليها باجماع لقوله تعالى (فما لكم عليهن من عدة تعتدونها) وأما المدخول بها فلا يخلو أن تكون من ذوات الحيض أو من غير ذوات الحيض وغير ذوات الحيض اما صغار وإما يائسات وذوات الحيض اما حوامل وأما جاريات على عادتهن في الحيض واما مرتفعات الحيض واما مستحاضات والمرتفعات الحيض في سن الحيض اما مرتابات بالحمل أى بحس في البطن واما غير مرتابات وغير المرتابات اما معروفات سبب انقطاع الحيض من رضاع أو مرض واما غير معروفات فاما ذوات الحيض الاحرار الجاريات في حيضهن على المعتاد فعدتهن ثلاثة قروء والحوامل منهن عدتهن وضع حملهن واليائسات منهن عدتهن ثلاثة أشهر ولا خلاف في هذا لانه منصوص عليه في قوله تعالى (والمطلقات يتربصن بانفسهن ثلاثة قروء) الآية وفي قوله تعالى (واللائى يئسن من المحيض من نسائكم ان ارتبتم) الآية واختلفوا

من هذه الآية في الاقراء ماهي فقال قوم هي الاطهار أعني الازمنة التي بين الدمين وقال قوم هي الدم نفسه وممن قال ان الاقراء هي الاطهار أما من فقهاء الامصار فمالك والشافعي وجمهور أهل المدينة وأبو ثور وجماعة وأما من الصحابة فابن عمر وزيد بن ثابت وعائشة وممن قال ان الاقراء هي الحيض أما من فقهاء الامصار فابو حنيفة والثوري والاوزاعي وابن أبي ليلى وجماعة وأما من الصحابة فعلي وعمر بن الخطاب وابن مسعود وأبو موسى الاشعري وحكى الاثرم عن أحمد انه قال الاكابر من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم يقولون الاقراء هي الحيض . وحكى أيضاً عن الشعبي انه قول إحد عشر أو أثني عشر من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم . وأما أحمد بن حنبل فاختلف الرواية عنه فروى عنه انه كان يقول انها الاطهار على قول زيد بن ثابت وابن عمر وعائشة ثم توقفت الآن من أجل قول على وابن مسعود هو انها الحيض، والفرق بين المذهبين هو ان من رأى انها الاطهار انها اذا دخلت الرجعة عنده في الحيضة الثالثة لم يكن للزوج عليها رجعة وحلت للازواج ومن رأى انها الحيض لم تحل عنده حتى تنقضي الحيضة الثالثة ☆ وسبب الخلاف اشتراك اسم القرء فانه يقال في كلام العرب على حد سواء على الدم وعلى الاطهار وقد رام كلا الفريقين ان يدل على ان اسم القرء في الآية ظاهر في المعنى الذي يراه فالذين قالوا انها الاطهار قالوا ان هذا الجمع خاص بالقرء الذي هو الطهر وذلك ان القرء الذي هو الحيض يجمع على اقراء لا على قروء وحكوا ذلك عن ابن الانباري وأيضا فانهم قالوا ان الحيضة مؤنثة والطهر مذكر فلو كان القرء الذي يراد به الحيض لما ثبت في جمعه الهاء لان الهاء لا تثبت في جمع المؤنث فيمادون العشرة وقالوا أيضا الاشتقاق يدل على ذلك لان القرء مشتق من قرئت الماء في الحوض أي جمعته فزمان اجتماع الدم هو زمان الطهر فهذا هو أقوى ما تمسك به الفريق الاول من ظاهر الآية . وأما ما تمسك به الفريق الثاني من ظاهر الآية فانهم قالوا ان قوله تعالى (ثلاثة قروء) ظاهر في تمام كل قرء منها لانه ليس ينطلق اسم القرء على بعضه الا تجوزاً واذا وصفت الاقراء بانها هي الاطهار أمكن ان تكون العدة عندهم بقرأين وبعض قرء لانها عندهم تعتد بالطهر الذي تطلق فيه وان مضى أكثره واذا كان ذلك كذلك فلا ينطلق عليها اسم الثلاثة الا تجوزا واسم الثلاثة ظاهر في كمال كل قرء منها وذلك لا يتفق الا بأن تكون الاقراء هي الحيض لان الاجماع منعقد على انها ان طلقت في حيضة انها لا تعتد بها ولكل واحد من الفريقين احتجاجات متساوية من جهة لفظ القرء والذي رضيه الحذاق ان الآية مجملة في ذلك وان الدليل ينبغي أن يطلب من جهة أخرى فمن أقوى ماتمسك به من رأى ان الاقراء هي الاطهار حديث

ابن عمر المتقدم وقوله صلى الله عليه وسلم مره فليراجعها حتى تحيض ثم تطهر ثم تحيض ثم تطهر ثم يطلقها ان شاء قبل أن يمسها فتلك العدة التى أمر الله أن يطلق لها النساء قالوا واجماعهم على أن طلاق السنة لا يكون الا في طهر لم تمس فيه وقوله عليه الصلاة والسلام: فتلك العدة التى أمر الله أن يطلق لها النساء دليل واضح على أن العدة هي الاطهار لكي يكون الطلاق متصلا بالعدة ويمكن أن يتأول قوله فتلك العدة أى فتلك مدة استقبال العدة لئلا يتبعض القرء بالطلاق في الحيض وأقوى ما تمسك به الفريق الثانى أن العدة انما شرعت لبراءة الرحم وبراءتها انما تكون بالحيض لا بالاطهار ولذلك كان عدة من ارتفع الحيض عنها بالايام فالحيض هو سبب العدة بالاقراء فوجب أن تكون الاقراء هي الحيض * واحتج من قال الاقراء هي الاطهار بان قال المعتبر في براءة الرحم هو النقلة من الطهر الى الحيض لا انقضاء الحيض فلا معنى لاعتبار الحيضة الاخيرة واذا كان ذلك فالثلاث المعتبر فيهن التمام أعنى المشترط هى الاطهار التى بين الحيضتين ولكلا الفريقين احتجاجات طويلة ومذهب الحنفية أظهر من جهة المعنى وحجتهم من جهة المسموع متساوية أو قريب من متساوية ولم يختلف القائلون أن العدة هى الاطهار انها تنقضى بدخولها في الحيضة الثالثة . واختلف الذين قالوا انها الحيض فقيل تنقضى بانقطاع الدم من الحيضة الثالثة وبه قال الأوزاعى وقيل حين تغتسل من الحيضة الثالثة وبه قال من الصحابة عمر بن الخطاب وعلى وابن مسعود ومن الفقهاء الثورى واسحق بن عبيد وقيل حتى يمضى وقت الصلاة التى طهرت في وقتها وقيل ان للزوج عليها الرجعة وان فرطت في الغسل عشرين سنة حكى هذا عن شريك وقد قيل تنقضى بدخولها في الحيضة الثالثة وهو ايضا شاذ فهذه هي حال الحائض التى تحيض . وأما التى تطلق فلا تحيض وهي في سن الحيض وليس هناك ريبة حمل ولا سبب من رضاع ولا مرض فانها تنتظر عند مالك تسعة أشهر فان لم تحض فيهن اعتدت بثلاثة اشهر فان حاضت قبل ان تستكمل الثلاثة الا شهر اعتبرت الحيض واستقبلت انتظاره فان مر بها تسعة اشهر قبل ان تحيض الثانية اعتدت ثلاثة اشهر فان حاضت قبل أن تستكمل الثلاثة الا شهر من العام الثانى انتظرت الحيضة الثالثة فان مر بها تسعة أشهر قبل ان تحيض اعتدت ثلاثة اشهر فان حاضت الثالثة في الثلاثة الا شهر كانت قد استكملت عدة الحيض وتمت عدتها ولزوجها عليها الرجعة مالم تحل . واختلف عن مالك من متى تعتد بالتسعة أشهر فقيل من يوم طلقت وهو قوله فى الموطأ وروى ابن القاسم عنه من يوم

رفعتها حيضتها وقال أبو حنيفة والشافعى والجمهور في التى ترفع حيضتها وهي لا تيأس منها في المستأنف انها تبقى أبدا تنتظر حتى تدخل في السن الذى تيأس فيه من الحيض وحينئذ تعتد بالاشهر أو تحيض قبل ذلك وقول مالك مروى عن عمر بن الخطاب وابن عباس وقول الجمهور قول ابن مسعود وزيد وعمدة مالك من طريق المعنى هو ان المقصود بالعدة انما هو ما يقع به براءة الرحم ظناً غالبا بدليل انه قد تحيض الحامل واذا كان ذلك كذلك فمدة الحمل كافية في العلم ببراءة الرحم بل هى قاطعة على ذلك ثم تعتد بثلاثة أشهر عدة اليائسة فان حاضت قبل تمام السنة حكم لها بحكم ذوات الحيض واحتسبت بذلك القرء ثم تنتظر القرء الثاني او السنة الى أن تمضى لها ثلاثة اقراء . وأما الجمهور فصاروا الى ظاهر قوله تعالى (واللائى يئسن من المحيض من نسائكم إن ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر) والتى هى من أهل الحيض ليست بيائسة وهذا الرأى فيه عسر وحرج ولو قيل أنها تعتد بثلاثة أشهر لكان جيدا اذا فهم من اليائسة التى لا يقطع بانقطاع حيضتها وكان قوله ان ارتبتم راجعا الى الحكم لا الى الحيض على ما تأوله مالك عليه فكان مالكا لم يطابق مذهبه تأويله الآية فانه فهم من اليائسة هنا من تقطع على أنها ليست من أهل الحيض وهذا لا يكون الا من قبل السن ولذلك جعل قوله ان ارتبتم راجعا الى الحكم لا الى الحيض أى ان شككتم في حكمهن ثم قال في التى تبقى تسعة لا تحيض وهي في سن من تحيض انها تعتد بالاشهر وأما اسماعيل وابن بكير من أصحابه فذهبوا الى أن الريبة ههنا في الحيض وان اليائس فى كلام العرب هو ما لم يحكم عليه بما يئس منه بالقطع فطابقوا بتأويل الآية مذهبهم الذى هو مذهب مالك ونعم ما فعلوا لانه ان فهم ههنا من اليائس القطع فقد يجب ان تنتظر الدم وتعتد به حتى يكون في هذا السن اعنى سن اليائس وان فهم من اليائس ما لا يقطع بذلك فقد يجب ان تعتد التى انقطع دمها عن العادة وهي في سن من تحيض بالاشهر وهو قياس قول أهل الظاهر لان اليائسة فى الطرفين ليس هي عندهم من أهل العدة لا بالاقراء ولا بالشهور وأما الفرق فى ذلك بين ما قبل التسعة وما بعدها فاستحسان . وأما التى ارتفعت حيضتها لسبب معلوم مثل رضاع أو مرض فان المشهور عند مالك انها تنتظر الحيض قصر الزمان أم طال وقد قيل ان المريضة مثل التى ترتفع حيضتها لغير سبب . وأما المستحاضة فعدتها عند مالك سنة اذا لم تميز بين الدمين فان ميزت بين الدمين فعنه روايتان احداهما ان عدتها السنة والاخرى انها تعمل على التمييز فتعتد بالاقراء وقال ابو حنيفة عدتها الاقراء ان تميزت لها وإن لم تتميز لها فثلاثة أشهر وقال الشافعى عدتها بالتمييز اذا انفصل عنها الدم فيكون الاحمر القانى من الحيضة ويكون الاصفر من أيام الطهر فان طبق عليها الدم اعتدت

بعدد أيام حيضتها في صحتها وانما ذهب مالك الى بقاء السنة لانه جعلها مثل التى لاتحيض. وهى من أهل الحيض والشافعى انما ذهب فى العارفة اياهاانها تعمل على معرفتها قياسا على الصلاة لقوله صلى الله عليه وسلم للمستحاضة: اتركى الصلاة أيام اقرائك فاذا ذهب عنك قدرها فاغسلى الدم وانما اعتبر التمييز من اعتبره لقوله صلى الله عليه وسلم لفاطمة بنت حبيش: اذا كان دم الحيض فانه دم أسود يعرف فاذا كان ذلك فامسكى عن الصلاة فاذا كان الآخر فتوضئى وصلى فانما هو عرق خرجه أبو داود وانما ذهب من ذهب الى عدتها بالشهور اذا اختلط عليها الدم لانه معلوم في الاغلب انها في كل شهر تحيض وقد جعل الله العدة بالشهور عند ارتفاع الحيض، وخفاؤه كارتفاعه. وأما المسترابة اعنى التى تجد حساً فى بطنها تظن به انه حمل فانها تمكث أكثر مدة الحمل. وقد اختلف فيه فقيل في المذهب أربع سنين وقيل خمس سنين وقال أهل الظاهر تسعة أشهر ولاخلاف ان انقضاء عدة الحوامل لوضع حملهن أعنى المطلقات لقوله تعالى (وأولات الاحمال أجلهن أن يضعن حملهن) وأما الزوجات غير الحرائر فانهن ينقسمن أيضا بتلك الاقسام بعينها أعنى حيضا ويائسات ومستحاضات ومرتفعات الحيض من غير يائسات. فاما الحيض اللاتى يأتيهن حيضهن فالجمهور على أن عدتهن حيضتان وذهب داود وأهل الظاهر الى ان عدتهن ثلاث حيض كالحرة وبه قال ابن سيرين فأهل الظاهر اعتمدوا عموم قوله تعالى والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء وهى ممن ينطلق عليها اسم المطلقة واعتمد الجمهور تخصيص هذا العموم بقياس الشبه وذلك أنهم شبهوا الحيض بالطلاق والحد أعنى كونه متنصفا مع الرق وانما جعلوها حيضتين لان الحيضة الواحدة لاتتبعض. وأما الامة المطلقة اليائسة من المحيض أو الصغيرة فان مالكا وأكثر أهل المدينة قالوا عدتها ثلاثة أشهر وقال الشافعى وأبوحنيفة والثورى وأبو ثور وجماعة عدتها شهر ونصف شهر نصف عدة الحرة وهو القياس اذا قلنا بتخصيص العموم فكان مالكا اضطرب قوله فمرة أخذ بالعموم وذلك في اليائسات ومرة أخذ بالقياس وذلك في ذوات الحيض والقياس في ذلك واحد، وأما التى ترتفع حيضتها من غير سبب فالقول فيها هو القول في الحرة والخلاف في ذلك وكذلك المستحاضة. واتفقوا على أن المطلقة قبل الدخول لاعدة عليها. واختلفوا فيمن راجع امرأته في العدة من الطلاق الرجعى ثم فارقها قبل أن يمسها هل تستأنف عدة أم لا فقال جمهور فقهاء الامصار تستأنف العدة وقالت فرقة تبقى في عدتها من طلاقها الاول وهو أحد قولى الشافعى وقال داود ليس عليها أن تتم عدتها ولاعدة مستأنفة وبالجملة فعند مالك ان كل رجعة تهدم العدة.

وان لم يكن مسيس ماخلا رجعة المولى وقال الشافعى اذا طلقها بعد الرجعة وقبل الوطء ثبتت على عدتها الاولى وقول الشافعى أظهر وكذلك عند مالك رجعة المعسر بالنفقة تقف صحتها عنده على الانفاق فان أنفق صحت الرجعة وهدمت العدة ان كان طلاقا وان لم ينفق بقيت على عدتها الاولى واذا تزوجت ثانيا في العدة فعن مالك في ذلك روايتان ، احداها تداخل العدتين ، والاخرى نفيه فوجه الاولى اعتبار براءة الرحم لان ذلك حاصل مع التداخل ووجه الثانية كون العده عبادة فوجب أن تتعدد بتعدد الوطء الذى له حرمة واذا عتقت الامة في عدة الطلاق مضت على عدة الامة عند مالك ولم تنتقل الى عدة الحرة وقال أبو حنيفة تنتقل فى الطلاق الرجعى دون البائن وقال الشافعى تنتقل في الوجهين معا ❊ وسبب الخلاف هل العدة من أحكام الزوجية ام من أحكام انفصالها فمن قال من أحكام الزوجية قال لاتنتقل عدتها ومن قال من أحكام انفصال الزوجية قال تنتقل كما لو أعتقت وهى زوجة ثم طلقت . وأمامن فرق بين البائن والرجعى فبين وذلك ان الرجعى فيه شبه من احكام العصمة ولذلك وقع فيه الميراث باتفاق اذا مات وهى في عدة طلاق رجعى وانها تنتقل الى عدة الموت فهذا هو القسم الاول من قسمى النظر في العدة .

القسم الثانى

وأما النظر في أحكام العدد فانهم اتفقوا على أن للمعتدة الرجعية النفقة والسكنى وكذلك الحامل لقوله تعالى في الرجعيات (أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم) الاية ولقوله تعالى (وان كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن) واختلفوا في سكنى المبتوتة ونفقتها إذا لم تكن حاملا على ثلاثة أقوال أحدها أن لها السكنى والنفقة وهو قول الكوفيين والقول الثانى أنه لاسكنى لها ولانفقة وهو قول أحمد وداود وأبى ثور واسحاق وجماعة والثالث أن لها السكنى ولانفقة لها وهو قول مالك والشافعى وجماعة ❊ وسبب اختلافهم اختلاف الرواية في حديث فاطمة بنت قيس ومعارضة ظاهر الكتاب له فاستدل من لم يوجب لها نفقة ولاسكنى بما روى فى حديث فاطمة بنت قيس انها قالت طلقنى زوجى ثلاثا على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فأتيت النبى صلى الله عليه وسلم فلم يجعل لى سكنى ولانفقة خرجه مسلم وفى بعض الروايات أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : انما السكنى والنفقة لمن لزوجها عليها الرجعة وهذا القول مروى عن على وابن عباس وجابر بن عبد الله وأما الذين أوجبوا لها السكنى دون النفقة فانهم احتجوا بما رواه مالك في موطئه من

حديث فاطمة المذكورة وفيه فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم ليس لك عليه نفقة وأمرها أن تعتد في بيت ابن أم مكتوم ولم يذكر فيها اسقاط السكنى فبقي على عمومه في قوله تعالى (أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم) وعللوا أمره عليه الصلاة والسلام لها بان تعتد في بيت ابن أم مكتوم بانه كان في لسانها بذاء وأما الذين أوجبوا لها السكنى والنفقة فصاروا الى وجوب السكنى لها بعموم قوله (أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم) وصاروا الى وجوب النفقة لها لكون النفقة تابعة لوجوب الاسكان في الرجعية وفي الحامل وفي نفس الزوجية وبالجملة فحيثما وجبت السكنى فى الشرع وجبت النفقة وروى عن عمر أنه قال في حديث فاطمة هذا لا ندع كتاب نبينا وسنته لقول امرأة يريد قوله تعالى (أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم) الآية ولان المعروف من سنته عليه الصلاة والسلام انه أوجب النفقة من حيث تجب السكنى فلذلك الاولى في هذه المسئلة اما ان يقال ان لها الامرين جميعا مصيرا الى ظاهر الكتاب والمعروف من السنة واما أن يخصص هذا العموم بحديث فاطمة المذكور . وأما التفريق بين ايجاب النفقة والسكنى فعسير ووجه عسره ضعف دليله وينبغى ان تعلم أن المسلمين اتفقوا على ان العدة تكون في ثلاثة أشياء في طلاق او موت او اختيار الامة نفسها إذا أعتقت . واختلفوا فيها في الفسوخ والجمهور على وجوبها. ولما كان الكلام في العدة يتعلق فيه احكام عدة الموت رأينا أن نذكرها هنا فنقول ان المسلمين اتفقوا على أن عدة الحرة من زوجها الحر أربعة أشهر وعشر لقوله تعالى (يتربصن بانفسهن أربعة أشهر وعشراً) . واختلفوا فى عدة الحامل وفي عدة الامة اذا لم تاتها حيضتها في الاربعة الاشهر وعشر ماذا حكمها فذهب مالك الى أن من شرط تمام هذه العدة ان تحيض حيضة واحدة في هذه المدة فان لم تحض فهي عنده مسترابة فتمكث مدة الحمل وقيل عنه انها قد لا تحيض وقد لا تكون مسترابة وذلك اذا كانت عادتها في الحيض أكثر من مدة العدة وهذا اما غير موجود أعنى من تكون عادتها ان تحيض من أكثر من اربعة أشهر الى أكثر من أربعة أشهر واما نادر . واختلف عنه فيمن هذه حالها من النساء اذا وجدت فقيل تنتظر حتى تحيض وروى عنه ابن القاسم تتزوج اذا انقضت عدة الوفاة ولم يظهر بها حمل وعلى هذا جمهور فقهاء الأمصار أبى حنيفة والشافعى والثورى.

(وأما المسئلة الثانية) وهي الحامل التى يتوفى عنها زوجها فقال الجمهور وجميع فقهاء الامصار عدتها أن تضع حملها مصيراً الى عموم قوله تعالى (وأولات الاحمال أجلهن أن

يضعن حملهن) وان كانت الاية في الطلاق وأخذاً أيضا بحديث أم سلمة ان سبيعة الاسلمية ولدت بعد وفاة زوجها بنصف شهر وفيه فجاءت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال لها : قد حللت فانكحي من شئت وروى مالك عن ابن عباس أن عدتها آخر الاجلين يريد أنها تعتد بأبعد الاجلين اما الحمل واما انقضاء العدة عدة الموت وروى مثل ذلك عن على بن ابى طالب رضى الله عنه والحجة لهم ان ذلك هو الذى يقتضيه الجمع بين عموم آية الحوامل وآية الوفاة . واما الامة المتوفي عنها من تحل له فانها لا تخلو أن تكون زوجة أو ملك يمين او أم ولد او غير ام ولد فاما الزوجة فقال الجمهور أن عدتها نصف عدة الحرة قاسوا ذلك على العدة وقال أهل الظاهر بل عدتها عدة الحرة وكذلك عندهم عدة الطلاق مصيراً الى التعميم . وأما ام الولد فقال مالك والشافعي وأحمد والليث وأبو ثور وجماعة عدتها حيضة وبه قال ابن عمر، وقال مالك وان كانت ممن لا تحيض اعتدت ثلاثة اشهر ولها السكنى ،وقال ابوحنيفة واصحابه والثوري عدتها ثلاث حيض وهو قول على وابن مسعود وقال قوم عدتها نصف عدة الحرة المتوفي عنها زوجها وقال قوم عدتها عدة الحرة اربعة اشهر وعشرا وحجة مالك انها ليست زوجة فتعتد عدة الوفاة ولا مطلقة فتعتد ثلاث حيض فلم يبق الا استبراء رحمها وذلك يكون بحيضة تشبيها بالامة يموت عنها سيدها وذلك مالاخلاف فيه وحجة أبى حنيفة ان العدة انما وجبت عليها وهي حرة وليست بزوجة فتعتد عدة الوفاة ولا بامة فتعتد عدة أمة فوجب أن تستبرىء رحمها بعدة الاحرار . وأما الذين اوجبوا لها عدة الوفاة فاحتجوا بحديث روى عن عمرو بن العاص قال : لا تلبسوا علينا سنة نبينا عدة أم الولد اذا توفي عنها سيدها أربعة اشهر وعشر وضعف أحمد هذا الحديث ولم ياخذ به • وأما من أوجب عليها نصف عدة الحرة فتشبيها بالزوجة الامة ✡ فسبب الخلاف انها مسكوت عنها وهي مترددة الشبه بين الامة والحرة وأما من شبهها بالزوجة الامة فضعيف وأضعف منه من شبهها بعدة الحرة المطلقة وهو مذهب ابى حنيفة .

✡(الباب الثاني في المتعة)✡

والجمهور على أن المتعة ليست واجبة في كل مطلقة وقال قوم من أهل الظاهر هي واجبة في كل مطلقة وقال قوم هي مندوب اليها وليست واجبة وبه قال مالك والذين قالوا بوجوبها في بعض المطلقات اختلفوا فى ذلك فقال ابو حنيفة هي واجبة على من طلق قبل الدخول ولم يفرض لها صداقا مسمى وقال الشافعي هى واجبة لكل مطلقة اذا كان الفراق من قبله الا

التى سمى لها وطلقت قبل الدخول وعلى هـذا جمهور العلماء ، واحتج أبو حنيفة بقوله تعالى (يأأيها الذين آمنوا اذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها فتعوهن وسرحوهن سراحا جميلا) فاشترط المتعة مع عدم المسيس وقال تعـالى (وان طلقتموهن من قبل ان تمسوهن وقـد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم) فعلم انه لامتعة لها مع التسمية والطلاق قبل المسيس لانه اذالم يجب لهاالصداق فاحرى ان تجب لها المتعة وهذا لعمرى مخيل لانه حيث لم يجب لها صداق أقيمت المتعة مقامه وحيث ردت من يدهانصف الصداق لم يجب لها شيء .
وأما الشافعى فيحمل الأوامر الواردة بالمتعة في قوله تعـالى (ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره) على العموم في كل مطلقة الا التى سمى لها وطلقت قبـل الدخول . وأما أهل الظاهر فحملوا الامر على العموم والجمهور على ان المختلعة لا متعة لها لكونها معطية من يدها كالحال في التى طلقت قبل الدخول وبعد فرض الصداق وأهل الظاهر يقولون هو شرع فتأخذوتعطى . وأما مالك فانه حمل الامر بالمتعة على الندب لقوله تعالى في آخر الآية (حقا على المحسنين) أى على المتفضلين المتجملين وما كان من باب الاجمال والاحسان فليس بواجب ، واختلفوا في المطلقة المعتدة هـل عليها احداد فقال مالك ليس عليها احداد .

(باب في بعث الحكمين)

اتفق العلماء على جواز بعث الحكمين اذا وقع التشاجر بين الزوجين وجهلت احوالهما في التشاجر أعنى المحق من المبطل لقوله تعالى (وان خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها) الآية وأجمعوا على ان الحكمين لا يكونان الا من اهل الزوجين ، احدهما من قبل الزوج ، والآخر من قبل المراة الا ان لايوجد في أهلهما من يصلح لذلك فيرسل من غيرهما وأجمعوا على أن الحكمين اذا اختلفا لم ينفذ قولهما وأجمعوا على أن قولهما في الجمع بينهما نافذ بغير توكيل من الزوجين . واختلفوا في تفريق الحكمين بينهما اذا اتفقا على ذلك هل يحتاج الى اذن من الزوج أو لايحتاج الى ذلك فقال مالك وأصحابه يجوز قولهما في الفرقة والاجتماع بغير توكيل الزوجين ولا أذن منهما في ذلك وقال الشافعى وأبو حنيفة وأصحابهما ليس لهما ان يفرقا الا ان يجعل الزوج اليهما التفريق . وحجة مالك مارواه من ذلك عن على بن أبى طالب انه قال في الحكمين اليهما التفرقة بين الزوجين والجمع وحجة الشافعى وأبى حنيفة ان الاصل ان الطلاق ليس بيد أحد سوى الزوج أومن يوكله الزوج . واختلف أصحاب

مالك في الحكمين يطلقان ثلاثا فقال ابن القاسم تكون واحدة وقال أشهب والمغيرة تكون ثلاثا ان طلقاها ثلاثا والاصل ان الطلاق بيد الرجل الا أن يقوم دليل على غير ذلك وقد احتج الشافعي وأبو حنيفة بما روى في حديث على هذا انه قال للحكمين هل تدريان ما عليكما ان رأيتما أن تجمعا جمعتما وان رأيتما ان تفرقا فرقتما فقالت المرأة رضيت بكتاب الله وبما فيه الي وعلى فقال الرجل اما الفرقة فلا فقال على لا والله لاتنقلب حتى تقر بمثل ماقرأت به المرأة قال فاعتبر في ذلك اذنه ومالك يشبه الحكمين بالسلطان والسلطان يطلق بالضرر عند مالك اذا تبين .

بسم الله الرحمن الرحيم

وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما

(كتاب الايلاء)

والاصل في هذا الباب قوله تعالى (للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر) والايلاء هو أن يحلف الرجل أن لايطأ زوجته اما مدة هي أكثر من أربعة أشهر أو أربعة أشهر أو باطلاق على الاختلاف المذكور في ذلك فيما بعد . واختلف فقهاء الامصار في الايلاء في مواضع فمنها هل تطلق المرأة بانقضاء الاربعة الاشهر المضروبة بالنص للمولى أم انما تطلق بان توقف بعد الاربعة الاشهر فاما فاء واما طلق ومنها هل الايلاء يكون بكل يمين أم بالايمان المباحة في الشرع فقط ومنها ان أمسك عن الوطء بغير يمين هل يكون موليا أم لا ومنها هل المولى هو الذي قيد يمينه بمدة من أربعة أشهر فقط أو أكثر من ذلك أو المولى هو الذى لم يقيد يمينه بمدة أصلا ومنها هل طلاق الايلاء بائن أو رجعى ومنها ان أبى الطلاق والفيء هل يطلق القاضي عليه أم لا ومنها هل يتكرر الايلاء اذا طلقها ثم راجعها من غير ايلاء حادث في الزواج الثاني ومنها هل من شرط رجعة المولى ان يطأها في العدة أم لا ومنها هل ايلاء العبد حكمه ان يكون مثل ايلاء الحر أم لا ومنها هل اذا طلقها بعد انقضاء مدة الايلاء تلزمها عدة أم لا فهذه هي مسائل الخلاف المشهورة في الايلاء بين فقهاء الامصار التى تتزل من هذا الباب منزلة الاصول ونحن نذكر خلافهم في مسئلة مسئلة منها وعيون

أدلتهم وأسباب خلافهم على ماقصدنا .

(المسـئلة الاولى) أما اختلافهم هل تطلق بانقضاء الاربعة الاشهر نفسها أم لا تطلق وانما الحكم أن يوقف فاما فاء واما طلق فان مالكا والشافعى وأحمد وأبا ثور وداود والليث ذهبوا الى أنه يوقف بعد انقضاء الاربعة الاشهر فاما فاء واما طلق وهو قول على وابن عمر وان كان قد روى عنهما غير ذلك لكن الصحيح هو هذا وذهب أبو حنيفة وأصحابه والثورى وبالجملة الكوفيون الى ان الطلاق يقع بانقضاء الاربعة الاشهر الا أن يفيء فيها وهو قول ابن مسعود وجماعة من التابعين * وسبب الخلاف هل قوله تعالى (فان فاؤا فان الله غفور رحيم) أى فان فاءوا قبل انقضاء الاربعة الاشهر أو بعدها فمن فهم منه قبل انقضائها قال يقع الطلاق ومعنى العزم عنده في قوله تعالى (وان عزموا الطلاق فان الله سميع عليم) ان لا يفيء حتى تنقضى المدة فمن فهم من اشتراط الفيئة اشتراطها بعد انقضاء المدة قال معنى قوله (وإن عزموا الطلاق) أى باللفظ (فان الله سميع عليم) وللمالكية في الآية أربعة أدلة ، أحدها أنه جعل مدة التربص حقا للزوج دون الزوجة فاشبهت مدة الاجل في الديون المؤجلة ، الدليل الثانى أن الله تعالى أضاف الطلاق الى فعله وعندهم ليس يقع من فعله الا تجوزا أعنى ليس ينسب اليه على مذهب الحنفية الا تجوزا وليس يصار الى المجاز عن الظاهر الا بدليل ، الدليل الثالث قوله تعالى (وان عزموا الطلاق فان الله سميع عليم) قالوا فهذا يقتضى وقوع الطلاق على وجه يسمع وهو وقوعه باللفظ لا بانقضاء المدة : الرابع ان الفاء فى قوله تعالى (فان فاؤا فان الله غفور رحيم) ظاهرة في معنى التعقيب فدل ذلك على أن الفيئة بعد المدة وربما شبهوا هذه المدة بمدة العنة . وأما ابو حنيفة فانه اعتمد في ذلك تشبيه هذه المدة بالمدة الرجعية اذ كانت العدة انما شرعت لئلا يقع منه ندم وبالجملة فشبهوا الا يلاء بالطلاق الرجعى وشبهوا المدة بالعدة وهو شبه قوى وقد روى ذلك عن ابن عباس .

(المسئلة الثانية) وأما اختلافهم فى اليمين التى يكون بها الايلاء فان مالكا قال يقع الايلاء بكل يمين وقال الشافعى لا يقع الا بالايمان المباحة في الشرع وهي اليمين بالله أو بصفة من صفاته فمالك اعتمد العموم اعنى عموم قوله تعالى (للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر) والشـافعى يشبه الايلاء بيمين الكفارة وذلك ان كلا اليمينين يترتب عليهما حكم شرعى فوجب ان تكون اليمين التى ترتب عليها حكم الايلاء هى اليمين التى يترتب عليها الحكم الذى هو الكفارة

(المسألة الثالثة) واما لحوق حكم الايلاء للزوج اذا ترك الوطء بغير يمين فان

الجمهور على أنه لا يلزمه حكم الايلاء بغير يمين ومالك يلزمه وذلك اذا قصد الاضرار بترك الوطء وان لم يحلف على ذلك فالجمهور اعتمدوا الظاهر ومالك اعتمد المعنى لان الحكم انما لزمه باعتقاده ترك الوطء وسواء شد ذلك الاعتقاد بيمين أو بغير يمين لان الضرر يوجد فى الحالتين جميعا.

(المسألة الرابعة) وأما اختلافهم في مدة الايلاء فان مالكا ومن قال بقوله يرى ان مدة الايلاء يجب أن تكون أكثر من أربعة أشهر اذ كان الفيء عنده انما هو بعد الاربعة الاشهر وأما أبو حنيفة فان مدة الايلاء عنده هى الاربعة الاشهر فقط اذ كان الفيء عنده انما هو فيها وذهب الحسن وابن أبى ليلى الى أنه اذا حلف وقتاً ما وان كان أقل من أربعة أشهر كان موليا يضرب له الاجل الى انقضاء الاربعة الاشهر من وقت اليمين وروى عن ابن عباس ان المولى هو من حلف أن لا يصيب امرأته على التأبيد * والسبب في اختلافهم في المدة الطلاق الآية فاختلافهم في وقت الفيء وفي صفة اليمين ومدته هو كون الآية عامة في هذه المعانى أو مجملة وكذلك اختلافهم في صفة المولى والمولى منها ونوع الطلاق على ما يأتى بعد . واما سوى ذلك فسبب اختلافهم فيه هو سبب السكوت عنها وهذه هى أركان الايلاء أعنى معرفة نوع اليمين ووقت الفيء والمدة وصفة المولى والمولى منها ونوع الطلاق الواقع فيه.

(المسألة الخامسة) فاما الطلاق الذى يقع بالايلاء فعند مالك والشافعى أنه رجعى لان الاصل أن كل طلاق وقع بالشرع انه يجب أن يحمل على انه رجعى الى ان يدل الدليل على انه بائن وقال أبو حنيفة وابو ثور هو بائن قالوا وذلك انه ان كان رجعياً لم يزل الضرر عنها بذلك لانه يجبرها على الرجعة * فسبب الخلاف معارضة المصلحة المقصودة بالايلاء للاصل المعروف في الطلاق فمن غلب الاصل قال رجعى ومن غلب المصلحة قال بائن.

(المسئلة السادسة) واما هل يطلق القاضى اذا أبى الفيء أو الطلاق او يحبس حتى يطلق فان مالكا قال يطلق القاضى عليه وقال أهل الظاهر يحبس حتى يطلقها بنفسه * وسبب الخلاف معارضة الاصل المعروف فى الطلاق المصلحة فمن راعى الاصل المعروف في الطلاق قال لا يقع طلاق الا من الزوج ومن راعى الضرر الداخل من ذلك على النساء قال يطلق السلطان وهو نظر الى المصلحة العامة وهذا هو الذى يعرف بالقياس المرسل والمنقول عن مالك العمل به وكثير من الفقهاء يأبى ذلك.

(المسألة السابعة) واما هل يتكرر الايلاء اذا طلقها ثم راجعها فان مالكا يقول اذا راجعها فلم يطأها تكرر الايلاء عليه وهذا عنده في الطلاق الرجعى والبائن وقال ابو حنيفة الطلاق

البائن يسقط الايلاء وهو أحد قولى الشافعى وهذا القول هو الذى اختاره المزنى وجماعة العلماء على ان الايلاء لا يتكرر بعد الطلاق الا باعادة اليمين * والسبب في اختلافهم معارضة المصلحة لظاهر شرط الايلاء وذلك انه لا ايلاء في الشرع الا حيث يكون يمين في ذلك النكاح بنفسه لا في نكاح آخر ولكن ان رعينا هذا وجد الضرر المقصود ازالته بحكم الايلاء ولذلك راى مالك انه يحكم بحكم الايلاء بغير يمين اذا وجد معنى الايلاء.

(المسئلة الثامنة) وأما هل تلزم الزوجة المولى منها عدة أو ليس تلزمها فان الجمهور على ان العدة تلزمها وقال جابر بن زيد لا تلزمها عدة اذا كانت قد حاضت في مدة الاربعة اشهر ثلاث حيض وقال بقوله طائفة وهو مروى عن ابن عباس وحجته ان العدة انما وضعت لبراءة الرحم وهذه قد حصلت لها البراءة وحجة الجمهور انها مطلقة فوجب ان تعتد كسائر المطلقات وسبب الخلاف ان العدة جمعت عبادة ومصلحة فمن لحظ جانب المصلحة لم ير عليها عدة ومن لحظ جانب العبادة أوجب عليها العدة .

(المسئلة التاسعة) وأما إيلاء العبد فان مالكا قال ايلاء العبد شهران على النصف من ايلاء الحر قياسا على حدوده وطلاقه وقال الشافعى وأهل الظاهر ايلاؤه مثل ايلاء الحر أربعة أشهر تمسكا بالعموم والظاهر ان تعلق الايمان بالحر والعبد سواء والايلاء يمين وقياساً أيضا على مدة العنين وقال أبو حنيفة النقص الداخل على الايلاء معتبر بالنساء لا بالرجال كالعدة فان كانت المرأة حرة كان الايلاء الايلاء الحر وان كان الزوج عبداً وان كانت أمة فعلى النصف وقياس الايلاء على الحد غير جيد وذلك ان العبد انما كان حده أقل من حد الحر لان الفاحشة منه أقل قبحا ومن الحر أعظم قبحاً ومدة الايلاء انما ضربت جمعا بين التوسعة على الزوج وبين ازالة الضرر عن الزوجة فاذا فرضنا مدة أقصر من هذه كان أضيق على الزوج وأنفى للضرر عن الزوجة والحر أحق بالتوسعة ونفى الضرر عنه فلذلك كان يجب على هذا القياس أن لا ينقص من الايلاء الا اذا كان الزوج عبداً والزوجة حرة فقط وهذا لم يقل به أحد فالواجب التسوية والذين قالوا بتأثير الرق في مدة الايلاء اختلفوا في زوال الرق بعد الايلاء هل ينتقل الى ايلاء الاحرار أم لا فقال مالك لا ينتقل من ايلاء العبيد الى ايلاء الاحرار وقال أبو حنيفة ينتقل فعنده ان الامة اذا عتقت وقد آلى زوجها منها انتقلت الى ايلاء الاحرار وقال ابن القاسم الصغيرة التى لا يجامع مثلها لا ايلاء عليها فان وقع وتمادى حسبت الاربعة الاشهر من يوم بلغت وانما قال ذلك لانه لا ضرر عليها في ترك الجماع

وقال أيضا لا ايلاء على خصى ولا على من لا يقدر على الجماع .

(المسئلة العاشرة) وأما هل من شرط رجعة المولى ان يطأ في العـدة أم لا فان الجمهور ذهبوا الى أن ذلك ليس من شرطها واما مالك فانه قال اذا لم يطأ فيها من غير عذر مرض أو ما أشبه ذلك فلا رجعة عنده له عليها وتبقى على عدتها ولا سبيل له اليها اذا انقضت العدة وحجة الجمهور انه لا يخـلو أن يكون الايلاء يعود برجعته اياها في العدة أو لا يعود فان عاد لم يعتبر واستؤنف الايلاء من وقت الرجعة أعني بحسب مـدة الايلاء من وقت الرجعة وان لم يعـد الايلاء لم يعتبر أصلا الا على مذهب من يرى ان الايلاء يكون بغير يمين وكيفما كان فلا بد من اعتبار الاربعة الاشهر من وقت الرجعة . وأما مالك فانه قال كل رجعة من طلاق كان لرفـع ضرر فان صحة الرجعة معتبرة فيه بزوال ذلك الضرر وأصله المعسر بالنفقة اذا طلق عليـه ثم ارتجع فان رجعته تعتبر صحتها بيساره ✲ فسبب الخلاف قياس الشبه وذلك ان من شبه الرجعة بابتداء النكاح أوجب فيها تجدد الايلاء ومن شبه هذه الرجعة برجعة المطلق لضرر لم يرتفع منه ذلك الضرر قال يبقى على الاصل

﴿ كتاب الظهار ﴾

والاصل في الظهار الكتاب والسنة فاما الكتاب فقوله تعالى (والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبـة) الآية . وأما السنة فحديث خولة بنت مالك بن ثعلبة قالت ظاهر منى زوجى أوس بن الصامت فجئت رسول الله صلى الله عليه وسلم أشكو اليه ورسول الله يجادلنى فيه ويقول اتق الله فانه ابن عمك فما خرجت حتى أنزل الله (قد سمع الله قول التى تجادلك في زوجها وتشتكى الى الله والله يسمع تحاوركما) الآيات فقال ليعتق رقبة قالت لا يجد قال فيصوم شهرين متتابعين قالت يارسول الله انه شيخ كبير مابه من صيـام قال فليطعم ستين مسكينا قالت ماعنـده من شيء يتصدق به قال فانى ساعينه بعرق من تمر قالت وأنا اعينـه بعرق آخر قال لقد أحسنت اذ هبى فاطعمى عنـه ستين مسكينا خرجه أبو داود وحـديث سلمة بن صخر البياضى عن النبى صلى الله عليه وسلم والـكلام في أصول الظهار ينحصر في سبعة فصول . منها فى ألفاظ الظهار . ومنها في شرط وجوب الكفارة فيه . ومنها فيمن يصح فيه الظهار . ومنها فيما يحرم على المظاهر . ومنها هل يتكرر الظهار بتكرر النكاح . ومنها هل الايلاء عليه ، ومنها القول في أحكام كفارة الظهار .

﴿ الفصل الاول ﴾

واتفق الفقهاء على ان الرجل اذا قال لزوجته أنت علي كظهر أمي انه ظهار واختلفوا اذا ذكر عضوا غير الظهر أو ذكر ظهر من تحرم عليه من المحرمات النكاح على التأبيد غير الام فقال مالك هو ظهار وقال جماعة من العلماء لايكون ظهاراً إلا بلفظ الظهر والام وقال أبوحنيفة يكون بكل عضو يحرم النظر اليه * وسبب اختلافهم معارضة المعنى للظاهر وذلك ان معنى التحريم تستوى فيه الام وغيرها من المحرمات والظهر وغيره من الاعضاء . وأما الظاهر من الشرع فانه يقتضى ان لايسمى ظهاراً الا ماذكر فيه لفظ الظهر والام . وأما اذا قال هي علي كامي ولم يذكر الظهر فقال أبو حنيفة والشافعي ينوى في ذلك لانه قد يريد بذلك الاجلال لها وعظم منزلتها عنده وقال مالك هو ظهار . وأما من شبه زوجته باجنبية لاتحرم عليه على التأبيد فانه ظهار عند مالك وعند ابن الماجشون ليس بظهار ☆ وسبب الخلاف هل تشبيه الزوجة بحرمة غير مؤبدة التحريم كتشبيهها بمؤبدة التحريم .

﴿ الفصل الثاني ﴾

وأما شروط وجوب الكفارة فان الجمهور على انها لاتجب دون العود وشذ مجاهد وطاوس فقالا تجب دون العود . ودليل الجمهور قوله تعالى (والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة) وهو نص في معنى وجوب تعلق الكفارة بالعود وأيضا فمن طريق القياس فان الظهار يشبه الكفارة في اليمين فكما ان الكفارة انما تلزم بالمخالفة أو بارادة المخالفة كذلك الامر في الظهار وحجة مجاهد وطاوس انه معنى يوجب الكفارة العليا فوجب ان يوجبها بنفسه لا بمعنى زائد تشبيها بكفارة القتل والفطر وأيضا فانهم قالوا انه كان طلاق الجاهلية فنسخ تحريمه بالكفارة وهو معنى قوله تعالى (ثم يعودون لما قالوا) والعود عندهم هو العود في الاسلام فاما القائلون باشتراط العود في ايجاب الكفارة فانهم اختلفوا فيه ماهو فعن مالك في ذلك ثلاث روايات ؛ احداهن أن العود هو ان يعزم على امساكها والوطء معا ، والثانية ان يعزم على وطئها فقط وهي الرواية الصحيحة المشهورة عند أصحابه وبه قال أبو حنيفة وأحمد ، والرواية الثالثة ان العود هو نفس الوطء وهي أضعف الروايات عند أصحابه ، وقال الشافعي العود هو الامساك نفسه قال ومن مضى له زمان

يمكنه ان يطلق فيه ولم يطلق ثبت أنه عائد ولزمته الكفارة لان اقامته زمانا يمكنه ان يطلق فيه من غير ان يطلق يقوم مقام ارادة الامساك منه أو هو دليل ذلك وقال داود وأهل الظاهر العود هو ان يكرر لفظ الظهار ثانية ومتى لم يفعل ذلك فليس بعائد ولا كفارة عليه فدليل الرواية المشهورة لمالك تنبنى على أصلين ، أحدهما ان المفهوم من الظهار هو ان وجوب الكفارة فيه انما يكون بارادته العودة الى ماحرم على نفسه بالظهار وهو الوطء وإذا كان ذلك كذلك وجب ان تكون العودة هى اماالوطء نفسه . واما العزم عليه وارادته والأصل الثانى انه ليس يمكن ان يكون العود نفسه هو الوطء لقوله تعالى فى الآية (فتحرير رقبة من قبل ان يتماسا) ولذلك كان الوطء محرما حتى يكفر قالوا ولو كان العود نفسه الامساك لكان الظهار نفسه يحرم الامساك فكان الظهار يكون طلاقا وبالجملة فالمعول عندهم في هذه المسئلة هو الطريق الذى يعرفه الفقهاء بطريق السبر والتقسيم وذلك ان معنى العود لا يخلو ان يكون تكرار اللفظ على مايراه داود أو الوطء نفسه أو الامساك نفسه أو ارادة الوطء ولا يكون تكراراً للفظ لان ذلك تأكيد وتأكيد لايوجب الكفارة ولا يكون له ارادة الامساك للوطء فان الامساك موجود بعد فقد بقى ان يكون ارادة الوطء وان كان ارادة الامساك للوطء فقد أراد الوطء فثبت ان العود هو الوطء ومعتمد الشافعية في اجرائهم ارادة الامساك أو الامساك مجرى ارادة الوطء ان الامساك يلزم عنه الوطء فجعلوا لازم الشيء مشبها بالشيء وجعلوا حكمها واحداً وهو قريب من الرواية الثانية وربما استدلت الشافعية على ان ارادة الامساك هو السبب في وجوب الكفارة أن الكفارة ترتفع بارتفاع الامساك وذلك اذا طلق أثر الظهار ولهذا احتاط مالك في الرواية الثالثة فجعل العودة هو ارادة الامرين جميعا أعنى الوطء والامساك . وأما ان يكون العود الوطء فضعيف ومخالف للنص والمعتمد فيها تشبيه الظهار باليمين أى كما أن كفارة اليمين انما تجب بالحنث كذلك الامر ههنا وهو قياس شبه عارضه النص . وأما داود فانه تعلق بظاهر اللفظ في قوله تعالى (ثم يعودون لماقالوا) وذلك يقتضى الرجوع الى القول نفسه وعند أبى حنيفة انه العود في الاسلام الى ماتقدم من ظهارهم في الجاهلية وعند مالك والشافعى ان المعنى في الآية ثم يعودون فيماقالوا ✡ وسبب الخلاف بالجملة انما هو مخالفة الظاهر للمفهوم فمن اعتمد المفهوم جعل العودة ارادة الوطء أو الامساك وتأول معنى اللام في قوله تعالى (ثم يعودون لماقالوا) بمعنى في . وأما من اعتمد الظاهر فانه جعل العود تكريرا للفظ وأن العودة الثانية انما هي ثانية للاولى التى كانت منهم في الجاهلية ومن تأول أحد هذين فالاشبه له ان يعتقد ان بنفس الظهار تجب الكفارة كما اعتقد ذلك

مجاهد الا ان يقدر في الآية محذوفاً وهو ارادة الامساك فهنا اذاً ثلاثة مذاهب . اما ان تكون العودة هي تكرار اللفظ ، واما ان تكون ارادة الامساك ، واما ان تكون العودة هي التي في الاسلام وهذان ينقسمان قسمين أعني الاول والثالث ، أحدهما ان يقدر في الآية محذوفاً وهو ارادة الامساك فيشترط هذه الارادة في وجوب الكفارة . واما ان لا يقدر فيهما محذوفاً فتجب الكفارة بنفس الظهار. واختلفوا من هذا الباب في فروع وهو هل اذا طلق قبل ارادة الامساك أو ماتت عنه زوجته هل تكون عليه كفارة أم لا فجمهور العلماء على ان لا كفارة عليه الا ان يطلق بعد ارادة العودة أو بعد الامساك بزمان طويل على مايراه الشافعي وحكي عن عثمان البتي ان عليه الكفارة بعد الطلاق وانها اذا ماتت قبل ارادة العودة لم يكن له سبيل الى ميراثها الا بعد الكفارة وهذا شذوذ مخالف للنص والله أعلم .

الفصل الثالث

واتفقوا على لزوم الظهار من الزوجة التي في العصمة واختلفوا في الظهار من الامة ومن التي في غير العصمة وكذلك اختلفوا في ظهار المرأة من الرجل . فأما الظهار من الامة فقال مالك والثوري وجماعة الظهار منها لازم كالظهار من الزوجة الحرة وكذلك المدبرة وأم الولد ، وقال الشافعي وأبو حنيفة وأحمد وأبو ثور لاظهار من أمة وقال الاوزاعي ان كان يطأ أمته فهو منها مظاهر وان لم يطأها فهي يمين وفيها كفارة يمين ، وقال عطاء هو مظاهر لكن عليه نصف كفارة فدليل من أوقع ظهار الامة عموم قوله تعالى « والذين يظاهرون من نسائهم » والاماء من النساء وحجة من لم يجعله ظهاراً انهم قد أجمعوا ان النساء في قوله تعالى « للذين يولون من نسائهم تربص أربعة أشهر » هن ذوات الازواج فكذلك اسم النساء في آية الظهار ☆ فسبب الخلاف معارضة قياس الشبه للعموم أعني تشبيه الظهار بالايلاء وعموم لفظ النساء أعني ان عموم اللفظ يقتضي دخول الاماء في الظهار وتشبيهه بالايلاء يقتضي خروجهن من الظهار . وأما هل من شرط الظهار كون المظاهر منها في العصمة أم لا فمذهب مالك ان ذلك ليس من شرطه وان من عين امرأة مابعينها وظاهر منها بشرط التزويج كان مظاهرا منها وكذلك ان لم يعين وقال كل امرأة أتزوجها فهي مني كظهر أمي وذلك بخلاف الطلاق وبقول مالك في الظهار قال أبو حنيفة والثوري والاوزاعي وقال قائلون لايلزم الظهار الا فيما يملك الرجل وممن قال بهذا القول الشافعي وأبو ثور وداود وفرق قوم فقالوا ان أطلق لم يلزمه ظهار وهو

ان يقول كل امرأة أتزوجها فهي مني كظهر أمي فان قيد لزمه وهو ان يقول ان تزوجت فلانة أو سمي قرية أو قبيلة وقائل هذا القول هو ابن أبي ليلى والحسن بن حي ودليل الفريق الاول قوله تعالى أوفوا بالعقود ولانه عقد على شرط الملك فاشبه ذا ملك والمؤمنون عند شروطهم وهو قول عمر . وأما حجة الشافعي فحديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ان النبي صلى الله عليه وسلم قال : لاطلاق الا فيما يملك ولا عتق الا فيما يملك ولا بيع الا فيما يملك ولا وفاء بنذر الا فيما يملك خرجه أبو داود والترمذي والظهار شبيه بالطلاق وهو قول ابن عباس . وأما الذين فرقوا بين التعميم والتعيين فانهم رأوا ان التعميم في الظهار من باب الحرج وقد قال تعالى « وما جعل عليكم في الدين من حرج » واختلفوا أيضا من هذا الباب في هل تظاهر المرأة من الرجل فمن العلماء في ذلك ثلاثة أقوال أشهرها انه لايكون منها ظهار وهو قول مالك والشافعي ، والثاني ان عليها كفارة يمين ، والثالث ان عليها كفارة الظهار ومعتمد الجمهور تشبيه الظهار بالطلاق ومن الزم المرأة الظهار فتشبيها للظهار باليمين ومن فرق فلانه رأى ان أقل اللازم لها في ذلك هو كفارة يمين وهو ضعيف ✡ وسبب الخلاف تعارض الأشباه في هذا المعنى .

(الفصل الرابع)

واتفقوا على ان المظاهر يحرم عليه الوطء واختلفوا فيما دونه من ملامسة ووطء في غير الفرج ونظر الى لذة فذهب مالك الى انه يحرم الجماع وجميع أنواع الاستمتاع مما دون الجماع من الوطء فيما دون الفرج واللمس والتقبيل والنظر للذة ماعدا وجهها وكفيها ويديها من سائر بدنها ومحاسنها وبه قال أبو حنيفة الا انه انما كره النظر للفرج فقط وقال الشافعي انما يحرم الظهار الوطء في الفرج فقط المجمع عليه لاماعدا ذلك وبه قال الثوري وأحمد وجماعة ودليل قول مالك قوله تعالى « من قبل ان يتماسا » وظاهر لفظ التماس يقتضي المباشرة فما فوقها ولانه أيضا لفظ حرمت عليه به فاشبه لفظ الطلاق ودليل قول الشافعي ان المباشرة كناية ههنا عن الجماع بدليل اجماعهم على ان الوطء محرم عليه واذا دلت على الجماع لم تدل على مافوق الجماع لانها . إما ان تدل على مافوق الجماع . واما ان تدل على الجماع وهي الدلالة المجازية لكن قد اتفقوا على انها دالة على الجماع فانتفت الدلالة المجازية اذ لايدل لفظ واحد دلالتين حقيقة ومجازا قلت الذين يرون ان اللفظ المشترك له عموم لا يبعد ان يكون اللفظ الواحد عندهم يتضمن المعنيين جميعا أعني الحقيقة والمجاز وان كان لم يجر به عادة للعرب .

ولذلك القول به في غاية من الضعف ولو علم ان للشرع فيه تصرفا لجاز وأيضا فان الظهار مشبه عندهم بالايلاء فوجب أن يختص عندهم بالفرج.

الفصل الخامس

وأما تكرر الظهار بعد الطلاق أعني اذا طلقها بعد الظهار قبل أن يكفر ثم راجعها هل يتكرر عليه الظهار فلا تحل له المسيس حتى يكفر فيه خلاف قال مالك ان طلقها دون الثلاث ثم راجعها في العدة أو بعدها فعليه الكفارة وقال الشافعي ان راجعها في العدة فعليه الكفارة وان راجعها في غير العدة فلا كفارة عليه وعنه قول آخر مثل قول مالك وقال محمد بن الحسن الظهار راجع عليها نكحها بعد الثلاث أو بعد واحدة وهذه المسئلة شبيهة بمن يحلف بالطلاق ثم يطلق ثم يراجع هل تبقى تلك اليمين عليه أم لا ✡ وسبب الخلاف هل الطلاق يرفع جميع أحكام الزوجية ويهدمها أو لا يهدمها فنهم من رأى ان البائن الذي هو الثلاث يهدم وان مادون الثلاث لا يهدم ومنهم من رأى ان الطلاق كله غير هادم واحسب ان من الظاهرية من يرى انه كله هادم .

(الفصل السادس)

وأما هل يدخل الايلاء على الظهار اذا كان مضاراً وذلك بان لا يكفر مع قدرته على الكفارة فان فيه أيضاً اختلافاً فأبو حنيفة والشافعي يقولان لا يتداخل الحكمان لان حكم الظهار خلاف حكم الايلاء وسواء كان عندهم مضاراً أولم يكن وبه قال الاوزعي وأحمد وجماعة ، وقال مالك يدخل الايلاء على الظهار بشرط أن يكون مضاراً وقال الثوري يدخل الايلاء على الظهار وتبين منه بانقضاء الاربعة الاشهر من غير اعتبار المضارة ففيه ثلاثة أقوال ،قول انه يدخل بالطلاق ،وقوله انه لا يدخل بالطلاق ، وقوله انه يدخل مع المضارة ولا يدخل مع عدمها ✡ وسبب الخلاف مراعاة المعنى واعتبار الظاهر فمن اعتبر الظاهر قال لا يتداخلان ومن اعتبر المعنى قال يتداخلان اذا كان القصد الضرر .

(الفصل السابع)

والنظر في كفارة الظهار في أشياء .منها في عدد أنواع الكفارة وترتيبها وشروط نوع نوع منها أعني الشروط المصححة ومتى تجب كفارة واحدة ومتى تجب أكثر من

واحدة فاما أنواعها فانهم أجمعوا على أنها ثلاثة أنواع ، اعتاق رقبة ، أو صيام شهرين، أو اطعام ستين مسكينا وانها على الترتيب فالاعتاق أولا فان لم يكن فالصيام فان لم يكن فالاطعام هذا في الحر . واختلفوا في العبد هل يكفر بالعتق أو الاطعام بعد اتفاقهم ان الذى يبدأ به الصيام أعنى اذا عجز عن الصيام فاجاز للعبد العتق ان أذن له سيده أبو ثور وداود وأبى ذلك سائر العلماء . وأما الاطعام فاجازه له مالك ان أطعم باذن سيده ولم يجز ذلك أبو حنيفة والشافعى ومبنى الخلاف في هذه المسئلة هل يملك العبد أو لا يملك ✡ وأما اختلافهم في الشروط المصححة فمنها اختلافهم اذا وطء في صيام الشهرين هل عليه استئناف الصيام أم لا فقال مالك وأبو حنيفة يستأنف الصيام الا أن أبا حنيفة شرط في ذلك العمد ولم يفرق مالك بين العمد في ذلك والنسيان وقال الشافعى لا يستأنف على حال ✡ وسبب الخلاف تشبيه كفارة الظهار بكفارة اليمين والشرط الذى ورد في كفارة الظهار أعنى أن تكون قبل المسيس فمن أعتبر هذا الشرط قال يستأنف الصوم ومن شبهه بكفارة اليمين قال لا يستأنف لان الكفارة في اليمين ترفع الحنث بعد وقوعه باتفاق ومنها هل من شرط الرقبة أن تكون مؤمنة أم لا فذهب مالك والشافعى الى أن ذلك شرط في الاجزاء وقال أبو حنيفة يجزى فى ذلك رقبة الكافر ولا يجزى عندهم اعتاق الوثنية والمرتدة دليل الفريق الاول انه اعتاق على وجه القربة فوجب أن تكون مسلمة أصله الاعتاق في كفارة القتل وربما قالوا ان هذا ليس من باب القياس وانما هو من باب حمل المطلق على المقيد وذلك انه قيد الرقبة بالايمان في كفارة القتل وأطلقها في كفارة الظهار فيجب صرف المطلق الى المقيد وهذا النوع من حمل المطلق على المقيد فيه خلاف والحنفية لا يجيزونه وذلك أن الاسباب فى القضيتين مختلفة . وأما حجة أبي حنيفة فهو ظاهر العموم ولا معارضة عنده بين المطلق والمقيد فوجب عنده أن يحمل كل على لفظه ✽ ومنها اختلافهم هل من شرط الرقبة ان تكون سالمة من العيوب أم لا ثم ان كانت سليمة فمن أى العيوب تشترط سلامتها فالذى عليه الجمهور أن للعيوب تأثيراً في منع اجزاء العتق وذهب قوم الى أنه ليس لها تأثير في ذلك وحجة الجمهور تشبيهها بالاضاحى والهدايا لكون القربة تجمعها وحجة الفريق الثاني اطلاق اللفظ في الآية ✽ فسبب الخلاف معارضة الظاهر لقياس الشبه والذين قالوا ان للعيوب تأثيراً في منع الاجزاء اختلفوا في عيب عيب مما يعتبر في الاجزاء أو عدمه أما العمى وقطع اليدين أو الرجلين فلا خلاف عندهم في انه مانع للاجزاء . واختلفوا فيما دون ذلك فمنها هل يجوز قطع اليد الواحدة أجازه أبو حنيفة ومنعه مالك والشافعى . وأما الاعور

فقال مالك لايجزى وقال عبـد الملك يجزى . وأما الاقطع الاذنين فقال مالك لا يجزى وقال أصحاب الشافعى يجزى . وأما الاصم فاختلف فيه فى مذهب مالك فقيل يجزى وقيل لايجزى ✡ وأما الاخرس فلا يجزى عند مالك وعن الشافعى فى ذلك قولان . أما المجنون فـلا يجزى . أما الخصى فقال ابن القاسم لايعجبنى الخصى وقال غـيره لا يجزى وقال الشافعى يجزى واعتاق الصغـير جائز في قول عامة فقهاء الامصار وحكى عن بعض المتقدمين منعه والعرج الخفيف في المذهب يجزى . وأما البين العرج فلا ✡ والسبب في اختـلافهم اختلافهم في قدر النقص المؤثر في القربة وليس له أصل في الشرع الا الضحايا وكذلك لايجزى في المذهب ما فيه شركة أو طرف حرية كالكتابة والتدبير لقوله تعالى (فتحرير رقبة مؤمنة) والتحرير هوابتداء الاعتاق واذا كان فيه عقد من عقود الحرية كالكتابة كان تنجيزاً لا اعتاقا وكذلك الشركة لان بعض الرقبة ليس برقبة وقال أبو حنيفة ان كان المكاتب أدى شيئا من مال الكتابة لم يجزوان لم يؤد جاز. واختلفوا هل يجزيه عتق مدبره فقال مالك لا يجزيه تشبيها بالكتابة لانه عقد ليس له حله وقال الشافعى يجزيه ولايجزى عند مالك اعتاق أم ولده ولا المعتق الى أجل مسمى . أما عتق أم الولد فلان عقدها آكد من عقد الكتابة والتدبير بدليل انهما قد يطرأ عليهما الفسخ أما في الكتابة فمن العجز عن أداء النجوم وأما في التدبير فاذا ضاق عنه الثلث وأما المعتق الى أجل فانه عقد عتق لا سبيل الى حله.. واختلف مالك والشافعى مع أبى حنيفة في أجزاء عتق من يعتق عليه بالنسب فقال مالك والشافعى لايجزى عنه وقال أبو حنيفة اذا نوى به عتقه عن ظهار أجزأ فابو حنيفة شبهه بالرقبة التى لايجب عتقها وذلك ان كل واحدة من الرقبتين غير واجب عليه شراؤها وبذل القيمة فيها على وجه العتق فاذا نوى بذلك التكفير جاز والمالكية والشافعية رأت انه اذا اشترى من يعتق عليه عتق عليه من غير قصد الى اعتاقه فلا يجزيه فابو حنيفة أقام القصد للشراء مقام العتق وهؤلاء قالوا لابد أن يكون قاصدا للعتق نفسه فكلاهما يسمى معتقا باختياره ولكن أحدهما معتق بالاختيار الاول والآخر معتق بلازم الاختيار فكانه معتق على القصد الثانى ومشتر على القصد الاول والآخر بالعكس . واختلف مالك والشافعى فيمن أعتق نصفى عبدين فقال مالك لايجوز ذلك ✡ وقال الشافعى يجوز لانه في معنى الواحـد ومالك تمسك بظاهر دلالة اللفظ فهذا ما اختلفوا فيه من شروط الرقبة المعتقة .وأما شروط الاطعام فانهـم اختلفوا من ذلك في القدر الذى يجزى لمسكين مسكين من الستين مسكيناً الذى وقع عليهم النص فمن مالك في

ذلك روايتان أشهرهما ان ذلك مد بمدهشام لكل واحد وذلك مدان بمد النبي صلى الله عليه وسلم وقد قيل هو أقل وقد قيل هو مد وثلث . وأما الرواية الثانية فمد مد لكل مسكين بمد النبي صلى الله عليه وسلم وبه قال الشافعي فوجه الرواية الاولى اعتبار الشبع غالبا أعني الغداء والعشاء ووجه هذه الرواية الثانية اعتبار هذه الكفارة بكفار اليمين فهذا هو اختلافهم في شروط الصحه في الواجبات في هذه الكفارة . وأما اختلافهم في مواضع تعددها ومواضع اتحادها فمنها اذاظاهر بكلمة واحدة من نسوة أكثر من واحدة هل يجزى في ذلك كفارة واحدة أم يكون عدد الكفارات على عدد النسوة فعند مالك انه يجزى في ذلك كفارة واحدة وعند الشافعي وأبي حنيفة أن فيها من الكفارات بعدد المظاهر منهن ان اثنتين فاثنتين وان ثلاثا فثلاثا وان أكثر فاكثر فمن شبهه بالطلاق أوجب في كل واحدة كفارة ومن شبهه بالايلاء أوجب فيه كفارة واحدة وهو بالايلاء أشبه ومنها اذا تظاهر من امرأته في مجالس شتى هل عليه كفارة واحدة أو على عدد المواضع التي ظاهر فيها فقال مالك ليس عليه الا كفارة واحدة الا ان يظاهر ثم يكفر ثم يظاهر فعليه كفارة ثانية وبه قال الاوزاعي وأحمد واسحق وقال أبو حنيفة والشافعي لكل ظهار كفارة . وأما اذا كان ذلك في مجلس واحد فلا خلاف عند مالك ان في ذلك كفارة واحدة وعند أبي حنيفة ان ذلك راجع الى نيته فان قصد التأكيد كانت الكفارة واحدة وان أراد استئناف الظهار كان ما أراد ولزمه من الكفارات على عدد الظهار وقال يحي ابن سعيد تلزم الكفارة على عدد الظهار سواء كان في مجلس واحد أو في مجالس شتى ☆ والسبب في هذا الاختلاف أن الظهار الواحد بالحقيقة هو الذي يكون بلفظ واحد من امرأة واحدة في وقت واحد والمتعدد بلاخلاف هو الذي يكون بلفظين من امرأتين في وقتين فان كرر اللفظ من امرأة واحدة فهل يوجب تعدد اللفظ تعدد الظهار أم لا يوجب ذلك فيه تعدداً وكذلك ان كان اللفظ واحداً والمظاهر منها أكثر من واحدة وذلك ان هذه بمنزلة المتوسطات بين ذينك الطرفين فمن غلب عليه شبه الطرف الواحد أوجب له حكمه ومن غلب عليه شبه الطرف الثاني أوجب له حكمه ومنها اذا ظاهر من امرأته ثم مسها قبل أن يكفر هل عليه كفارة واحدة أم لا فاكثر فقهاء الامصار مالك والشافعي وأبو حنيفة والثوري والاوزاعي وأحمد واسحاق وأبو ثور وداود والطبري وأبو عبيد أن في ذلك كفارة واحدة والحجة لهم حديث سلمة بن صخر البياضي انه ظاهر من امرأته في زمان رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم وقع بامرأته قبل أن يكفر فأتى رسول الله صلى الله عليه وسلم فذكر له ذلك فأمره أن يكفر تكفيرا واحدا وقال قوم عليه

كفارتان كفارة العزم على الوطء وكفارة الوطء لانه وطىء وطئا محرما وهو مروى عن عمرو بن العاص وقبيصة بن ذؤيب وسعيد بن جبير وابن شهاب وقد قيل انه لا يلزمه شيء لا عن العود ولا عن الوطء لان الله تعالى اشترط صحة الكفارة قبل المسيس فاذا مس فقد خرج وقتها فلا تجب الا بامر مجدد وذلك معدوم في مسئلتنا وفيه شذوذ وقال ابو محمد ابن حزم من كان فرضه الاطعام فليس يحرم عليه المسيس قبل الاطعام وانما يحرم المسيس على من كان فرضه العتق أو الصيام .

كتاب اللعان

والقول فيه يشتمل على خمسة فصول بعد القول بوجوبه ، الفصل الاول فى أنواع الدعاوى الموجبة له وشروطها ، الفصل الثانى في صفات المتلاعنين ، الثالث في صفة اللعان ، الرابع في حكم نكول أحدهما أو رجوعه ، الخامس في الاحكام اللازمة لتمام اللعان ، فأما الاصل في وجوب اللعان أما من الكتاب فقوله تعالى (والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء الا أنفسهم) الآية وأما من السنة فما رواه مالك وغيره من مخرجى الصحيح من حديث عويمر العجلانى اذ جاء الى عاصم ابن عدى العجلانى رجل من قومه فقال له يا عاصم أرأيت رجلا وجد مع امرأته رجلا أيقتله فتقتلونه أم كيف يفعل سل لى يا عاصم عن ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فسأل عاصم عن ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فلما رجع عاصم الى أهله جاء عويمر فقال يا عاصم ماذا قال لك رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال لم تأتنى بخير قد كره رسول الله صلى الله عليه وسلم المسئلة التى سألت عنها فقال والله لا أنتهى حتى أسأله عنها فأقبل عويمر حتى أتى رسول الله صلى الله عليه وسلم وسط الناس فقال يا رسول الله أرأيت رجلا وجد مع امرأته رجلا أيقتله فتقتلونه أم كيف يفعل فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم قد نزل فيك وفي صاحبتك قرآن فاذهب فأت بها قال سهل فتلاعنا وانا مع الناس عند رسول الله صلى الله عليه وسلم فلما فرغ من تلاعنهما قال عويمر كذبت عليها يا رسول الله ان أمسكتها فطلقها ثلاثا قبل أن يأمره بذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم قال مالك قال ابن شهاب فلم تزل تلك سنة المتلاعنين وأيضا من طريق المعنى لما كان الفراش موجبا للحقوق النسب كان بالناس ضرورة الى طريق ينفونه به اذا تحققوا فساده وتلك الطريق هي اللعان فاللعان حكم ثابت بالكتاب والسنة والقياس والاجماع اذ لا خلاف في ذلك أعلمه فهذا هو القول في اثبات حكمه .

(الفصل الاول)

واما صور الدعاوى التي يجب بها اللعان فهي أولا صورتان ، احداهما دعوى الزنا ، والثانية نفي الحمل ودعوى الزنا لايخلو ان تكون مشاهدة أعني ان يدعي انه شاهدها تزني كما يشهد الشاهد على الزنا أو تكون دعوى مطلقة واذا نفي الحمل فلا يخلو ان ينفيه أيضا نفيا مطلقا أو يزعم انه لم يقربها بعد استبرائها فهذه أربعة أحوال بسائط وسائر الدعاوى تتركب عن هذه مثل ان يدميها بالزنا وينفي الحمل أو يثبت الحمل ويرميها بالزنا . فأما وجوب اللعان بالقذف بالزنا اذا ادعى الرؤية فلا خلاف فيه قالت المالكية اذا زعم انه لم يطأها بعد . واما وجوب اللعان بمجرد القذف فالجمهور على جوازه الشافعي وأبو حنيفة والثوري وأحمد وداود وغيرهم . وأما المشهور عن مالك فانه لا يجوز اللعان عنده بمجرد القذف وقد قال ابن القاسم ايضا انه يجوز وهي ايضا رواية عن مالك وحجة الجمهور عموم قوله تعالى (والذين يرمون ازواجهم) الآية ولم يخص في الزنا صفة دون صفة كما قال في ايجاب حد القذف وحجة مالك ظواهر الاحاديث الواردة في ذلك . منها قوله في حديث سعد أرأيت لو أن رجلا وجد مع امرأته رجلا وحديث ابن عباس وفيه فجاء رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال والله يا رسول الله لقد رأيت بعيني وسمعت باذني فكره رسول الله صلى الله عليه وسلم ما جاء به واشتد عليه فنزلت (والذين يرمون أزواجهم) الآية وأيضا فان الدعوى يجب أن تكون ببينة كالشهادة وفي هذا الباب فرع اختلف فيه قول مالك وهو اذا ظهر بها حمل بعد اللعان فعن مالك في ذلك روايتان ، احداها سقوط الحمل عنه والاخرى لحوقه به . واتفقوا فيما أحسب ان من شرط الدعوى الموجبة اللعان برؤية الزنا ان تكون في العصمة واختلفوا فيمن قذف زوجته بدعوى الزنا ثم طلقها ثلاثا هل يكون بينهما لعان أم لا فقال مالك والشافعي والاوزاعي وجماعة بينهما لعان وقال أبو حنيفة لالعان بينهما الا ان ينفي ولداً ولا حد وقال مكحول والحكم وقتادة يحد ولا يلاعن . واما ان نفي الحمل فانه كما قلنا على وجهين أحدهما ان يدعي أنه استبرها ولم يطاها بعد الاستبراء وهذا مالا خلاف فيه واختلف قول مالك في الاستبراء فقال مرة ثلاث حيض وقال مرة حيضة . واما نفيه مطلقا فالمشهور عن مالك انه لايجب بذلك لعان وخالفه في هذا الشافعي واحمد وداود وقالوا لامعنى لهذا لان المرأة قد تحمل مع رؤية الدم وحكى عبد الوهاب عن أصحاب الشافعي انه لايجوز نفي الحمل مطلقا من غير قذف

واختلفوا من هذا الباب في فرع وهو وقت نفي الحمل فقال الجمهور ينفيه وهي حامل وشرط مالك انه متى لم ينفه وهو حمل لم يجب له ان ينفيه بعد الولادة بلعان وقال الشافعي اذا علم الزوج بالحمل فأمكنه الحاكم من اللعان فلم يلاعن لم يكن له ان ينفيه بعد الولادة وقال ابو حنيفة لاينفي الولد حتى تضع . وحجة مالك ومن قال بقوله الآثار المتواترة من حديث ابن عباس وابن مسعود وانس وسهل بن سعد ان النبي عليه الصلاة والسلام حين حكم باللعان بين المتلاعنين .قال أن جاءت على صفة كذا فما اراه الا قد صدق عليها قالوا وهذا يدل على انها كانت حاملا في وقت اللعان. وحجة ابي حنيفة ان الحمل قد ينفش ويضمحل فلاوجه للعان الا على يقين ومن حجة الجمهور ان الشرع قد علق بظهور الحمل احكاما كثيرة كالنفقة والعدة ومنع الوطء فوجب ان يكون قياس اللعان كذلك وعند ابى حنيفة انه يلاعن وان لم ينف الحمل الا وقت الولادة وكذلك ما قرب من الولادة ولم يوقت في ذلك وقتا ووقت صاحباه ابو يوسف ومحمد فقالا له ان ينفيه ما بين اربعين ليلة من وقت الولادة والذين اوجبوا اللعان في وقت الحمل اتفقوا على ان له نفيه في وقت العصمة واختلفوا في نفيه بعد الطلاق فذهب مالك الى ان له ذلك في جميع المدة التي يلحق الولد فيها بالفراش وذلك هو اقصى زمان الحمل عنده وذلك نحو من اربع سنين عنده او خمس سنين وكذلك عنده حكم نفي الولد بعد الطلاق اذا لم يزل منكراً له وبقريب من هـذا المعنى قال الشافعي وقال قوم ليس له ان ينفي الحمل الا في العدة فقط وان نفاه في غير العدة حد والحق به الولد فالحكم يجب به عند الجمهور الى انقضاء أطول مدة الحمل على اختلافهم في ذلك فان الظاهرية ترى ان اقصر مدة الحمل التي يجب بها الحكم هو المعتاد من ذلك وهي التسعة أشهر وما قاربها ولا اختلاف بينهم انه يجب الحكم به في مدة العصمة فما زاد على اقصر مدة الحمل وهي الستة اشهر أعني ان يولد المولود لستة أشهر من وقت الدخول أو امكانه لا من وقت العقد وشذ أبو حنيفة فقال من وقت العقد وان علم ان الدخول غير ممكن حتى انه ان تزوج عنده رجل بالمغرب الاقصى امرأة بالمشرق الاقصى فجاءت بولد لرأس ستة أشهر من وقت العقد انه يلحق به الا ان ينفيه بلعان وهو في هذه المسألة ظاهري محض لانه انما اعتمد في ذلك عموم قوله عليه الصلاة والسلام : الولد للفراش وهذه المرأة قد صارت فراشا له بالعقد فكانه رأى ان هذه عبادة غير معللة وهذا شيء ضعيف. واختلف قول مالك من هذا الباب في فرع وهو انه اذا ادعى أنها زنت واعترف بالحمل فعنه في ذلك ثلاث روايات احداها انه يحد ويلحق به الولد ولا يلاعن ، والثانية انه يلاعن وينفي الولد ؛ والثالثة انه يلحق به الولد ويلاعن ليدرأ الحد عن نفسه* وسبب الخلاف هل يلتفت الى اثباته

مع موجب نفيه وهو دعواه الزنا واختلفوا ايضا من هذا الباب في فرع وهو اذا اقام الشهود على الزنا هل له ان يلاعن أم لا فقال أبو حنيفة وداود لا يلاعن لان اللعان إنما جعل عوض الشهود ولقوله تعالى (والذين يرمون ازواجهم ولم يكن لهم شهداء الا أنفسهم) الآية وقال مالك والشافعي يلاعن لان الشهود لا تأثير لهم في دفع الفراش

(الفصل الثانى)

وأما صفة المتلاعنين فان قوماً قالوا يجوز اللعان بين كل زوجين حرين كانا او عبدين أو أحدهما حر والاخر عبد محدودين كانا أو عدلين أو أحدهما مسلمين كانا أو كان الزوج مسلما والزوجة كتابية ولا لعان بين كافرين الا أن يترافعا الينا وممن قال بهذا القول مالك والشافعي ، وقال أبو حنيفة وأصحابه لا لعان الا بين مسلمين حرين عدلين وبالجملة فاللعان عندهم انما يجوز لمن كان من أهل الشهادة. وحجة أصحاب القول الاول عموم قوله تعالى (والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء الا أنفسهم) ولم يشترط في ذلك شرطا ومعتمد الحنفية أن اللعان شهادة فيشترط فيها مايشترط في الشهادة اذ قد سماهم الله شهداء لقوله (فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله) ويقولون أنه لا يكون لعان الا بين من يجب عليه الحد في القذف الواقع بينهما وقد اتفقوا على العبد لا يحد بقذفه وكذلك الكافر فشبهوا من يجب عليه اللعان بمن يجب في قذفه الحد اذ كان اللعان انما وضع لدرء الحد مع نفي النسب وربما احتجوا بما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: لا لعان بين أربعة العبدين والكافرين والجمهور يرون أنه يمين وان كان يسمى شهادة فان أحدا لا يشهد لنفسه . وأما ان الشهادة قد يعبر عنها باليمين فذلك بين في قوله تعالى (اذا جاءك المنافقون قالوا) الاية ثم قال (اتخذوا أيمانهم جنة) وأجمعوا على جواز لعان الاعمى. واختلفوا في الاخرس فقال مالك والشافعي يلاعن الاخرس اذا فهم عنه وقال أبو حنيفة لا يلاعن لانه ليس من أهل الشهادة وأجمعوا على أن من شرطه العقل والبلوغ .

(الفصل الثالث)

فاما صفة اللعان فمتقاربة عند جمهور العلماء وليس بينهم في ذلك كبير خلاف وذلك على ظاهر ماتقتضيه ألفاظ الآية فيحلف الزوج أربع شهادات بالله لقد رأيتها تزني وان ذلك الحمل ليس مني ويقول في الخامسة لعنة الله عليه ان كان من الكاذبين ثم هي تشهد أربع شهادات بنقيض ماشهد هو به ثم تخمس بالغضب هذا

متفق عليه واختلف النـــاس هل يجوز ان يبدل مكان اللعنة الغضب ومكان الغضب اللعنة ومكان أشهد أقسم ومكان قوله بالله غيره من أسمائه والجمهور على انه لايجوز من ذلك الا ما نص عليه من هذه الالفاظ .أصله عدد الشهادات وأجمعوا على أن من شرط صحته أن يكون بحكم حاكم .

(الفصل الرابع)

فاما اذا نكل الزوج فقال الجمهور انه يحد وقال أبو حنيفة انه لا يحد ويحبس وحجة الجمهور عموم قوله تعالى (والذين يرمون المحصنات) الآية وهذا عام في الاجنبي والزوج وقد جعل الالتعان للزوج مقام الشهود فوجب اذا نكل ان يكون بمنزلة من قذف ولم يكن له شهود أعني انه يحد وماجاء أيضــا من حديث ابن عمر وغيره في قصة العجلاني من قوله عليه الصلاة والسلام : ان قتلت قتلت وان نطقت جلدت وان سكت سكت على غيظ واحتج الفريق الثاني بان آية اللعان لم تتضمن ايجاب الحد عليه عنـــد النكول والتعريض لايجابه زيادة في النص والزيادة عنـــدهم نسخ والنسخ لا يجوز بالقياس ولا باخبار الاحاد قالوا وأيضا لو وجب الحد لم ينفعه الالتعان ولا كان له تأثير في اسقاطه لان الالتعان يمين فلم يسقط به الحـــد عن الاجنبي فكذلك الزوج والحق ان الالتعان يمين مخصوصة فوجب أن يكون لهــا حكم مخصوص وقد نص على المرأة ان اليمين يدرأ عنها العذاب فالكلام فيما هو العـــذاب الذي يندرىء عنها باليمين وللاشتراك الذي في اسم العـــذاب اختلفوا أيضا في الواجب عليها اذا نكلت فقال الشافعي ومالك وأحمد والجمهور انها تحد وحدها الرجم ان كان دخـــل بها ووجدت فيها شروط الاحصان وان لم يكن دخـــل بها فالجلد وقال أبو حنيفة اذا نكلت وجب عليها الحبس حتى تلاعن وحجته قوله عليه الصـــلاة والسلام : لايحل دم امرىء مسلم الا باحدى ثلاث زنا بعد احصان أو كفر بعد ايمان أو قتل نفس بغير نفس وأيضا فان سفك الدم بالنكول حـــكم ترده الاصول فانه اذا كان كثير من الفقهاء لايوجبون غرم المال بالنكول فكان بالحرى أن لا يجب بذلك سفك الدماء وبالجملة فقاعدة الدماء مبناها في الشرع على أنها لاتراق الا بالبينة العادلة أو بالاعتراف ومن الواجب الا تخصص هـــذه القاعدة بالاسم المشترك فابو حنيفة في هذه المسئلة أولى بالصواب ان شاء الله وقد اعترف أبو المعالي في كتابه في البرهان بقوة أبي حنيفة في هذه المسئلة وهو شافعي واتفقوا على انه اذا أكـــذب نفسه حد والحق به الولد انه

كان نفى ولداً .واختلفوا هل له ان يراجعها بعد اتفاق جمهورهم على ان الفرقة تجب باللعان . اما بنفسه واما بحكم حاكم على مانقوله بعــد فقال مالك والشافعى والثورى وداود وأحمـد وجمهور فقهاء الامصار انهما لايجتمعان أبداً وان كذب نفسه وقال أبو حنيفة وجماعة اذا أكذب نفسه جلد الحد وكان خاطبا من الخطاب وقــد قال قوم ترد اليه امرأته.وحجة الفريق الاول قول رسول الله صلى الله عليه وسـلم : لاسبيل لك عليها ولم يستثن فاطلق التحريم وحجة الفريق الثـانى انه اذا اكذب نفسه فقد بطل حـكم اللعان فكما يلحق به الولد كذلك ترد المرأة عليــه وذلك ان السبب الموجب للتحريم انمـا هو الجهل بتعيين صدق أحدهما مع القطع بان أحدهما كاذب فاذا انكشف ارتفع التحريم .

(الفصل الخامس)

فاما موجبات اللعان فان العلماء اختلفوا من ذلك في مسائل . منها هل تجب الفرقة أم لا وان وجبت فتى تجب وهل تجب بنفس اللعان أم بحكم حاكم واذا وقعت فهل هي طلاق أو فسخ فذهب الجمهور الى ان الفرقة تقع باللعان لما اشتهر في ذلك في أحاديث اللعان من ان رسول الله صلى الله عليه وسلم فرق بينهما وقال ابن شهاب فيما رواه مالك عنه فكانت تلك سنة المتــلاعنين ولقوله صلى الله عليه وسلم : لاسبيل لك عليها وقال عثمان البتى وطائفة من أهل البصرة لا يعقب اللعان فرقة واحتجوا بان ذلك حكم لم تتضمنه آية اللعان ولاهو صريح في الاحاديث لان في الحديث المشهور انه طلقها بحضرة النبى صلى الله عليه وسلم فلم ينكر ذلك عليه وأيضا فان اللعان انما شرع لدرء حد القذف فلم يوجب تحريما تشبيها بالبينة وحجة الجمهور انه قد وقع بينهما من التقاطع والتباغض والتهاتر وابطال حدود الله ما أوجب أن لا يجتمعا بعدها أبداً وذلك ان الزوجية مبناها على المودة والرحمة وهؤلاء قد عدموا ذلك كل العدم ولا أقل من ان تكون عقوبتهما الفرقة وبالجمــلة فالقبح الذى بينهما غاية القبح . وأما متى تقع الفرقة فقال مالك والليث وجماعة انها تقع اذا فرغا جميعا من اللعان وقال الشافعى اذا أكمل الزوج لعانه وقعت الفرقة وقال أبو حنيفة لا تقع الا بحكم حاكم وبه قال الثورى وأحمد وحجة مالك على الشافعى حديث ابن عمر قال فرق رسول الله صلى الله عليه وسلم بين المتلاعنين وقال حسابكما على الله أحدكما كاذب لا سبيل لك عليها وما روى انه لم يفرق بينهما الا بعد تمام اللعان وحجة الشافعى ان لعانها انما تدرأ به الحد عن نفسها فقط ولعان الرجل هو المؤثر في نفى النسب فوجب ان كان للعان تأثير في الفرقة أن يكون لعان الرجل

تشبيها بالطلاق وحجتهما جميعا على أبى حنيفة أن النبى صلى الله عليه وسلم أخبرهما بوقوع الفرقة عند وقوع اللعان منهما فدل ذلك على أن اللعان هو سبب الفرقة . وأما أبو حنيفة فيرى ان الفراق انما نفذ بينهما بحكمه وأمره صلى الله عليه وسلم بذلك حين قال: لا سبيل لك عليها فرأى أن حكمه شرط في وقوع الفرقة كما ان حكمه شرط في صحة اللعان ✲ فسبب الخلاف بين من رأى أنه تقع به فرقة وبين من لم ير ذلك ان تفريق النبي صلى الله عليه وسلم بينهما ليس هو بينا في الحديث المشهور لانه بادر بنفسه فطلق قبل أن يخبره بوجوب الفرقة والأصل ان لا فرقة الا بطلاق وانه ليس في الشرع تحريم يتأبد أعنى متفقا عليه فمن غلب هذا الاصل على المفهوم لاحتماله نفى وجوب الفرقة قال بايجابها وأما سبب اختلاف من اشترط حكم الحاكم أو لم يشترطه فتردد هذا الحكم بين أن يغلب عليه شبه الاحكام التى يشترط فى صحتها حكم الحاكم أو التى لا يشترط ذلك فيها ✲ وأما المسئلة الرابعة وهي اذا قلنا ان الفرقة تقع فهل ذلك فسخ أو طلاق فان القائلين بالفرقة اختلفوا فى ذلك فقال مالك والشافعى هو فسخ وقال أبو حنيفة هو طلاق بائن وحجة مالك تأبيد التحريم به فاشبه ذات المحرم . وأما أبو حنيفة فشبهها بالطلاق قياساً على فرقة العنين اذ كانت عنده بحكم حاكم .

(كتاب الاحداد)

أجمع المسلمون على أن الاحداد واجب على النساء الحرائر المسلمات في عدة الوفاة الا الحسن وحده واختلفوا فيما سوى ذلك من الزوجات وفيما سوى عدة الوفاة وفيما تمتنع الحاد منه مما لا تمتنع فقال مالك الاحداد على المسلمة والكتابية والصغيرة والكبيرة . وأما الامة يموت عنها سيدها سواء كانت أم ولد أو لم تكن فلا احداد عليها عنده وبه قال فقهاء الامصار وخالف قول مالك المشهور في الكتابية ابن نافع وأشهب وروياه عن مالك وبه قال الشافعى أعنى أن لا احداد على الكتابية وقال أبو حنيفة ليس على الصغيرة ولا على الكتابية احداد وقال قوم ليس على الامة المزوجة احداد وقد حكى ذلك عن أبى حنيفة فهذا هو اختلافهم المشهور فيمن عليه احداد من أصناف الزوجات ممن ليس عليه احداد . وأما اختلافهم من قبل العدد فان مالكا قال لا إحداد الا في عدة الوفاة وقال أبو حنيفة والثورى الاحداد في العدة من الطلاق البائن واجب . وأما الشافعى فاستحسنه للمطلقة ولم يوجبه ✲ وأما الفصل الثالث وهو ما تمتنع الحاد منه مما لا تمتنع عنه فانها تمتنع عند الفقهاء بالجملة من الزينة الداعية الرجال الى النساء

وذلك كالحلى والكحل الا ما لم تكن فيه زينة ولباس الثياب المصبوغة إلا السواد فانه لم يكره مالك لها لبس السواد ورخص كلهم فى الكحل عند الضرورة فبعضهم اشترط فيه ما لم يكن فيه زينة وبعضهم لم يشترطه وبعضهم اشترط جعله بالليل دون النهار وبالجملة فأقاويل الفقهاء فيما تجتنب الحاد متقاربة وذلك ما يحرك الرجال بالجملة اليهن وانما صار الجمهور لايجاب الاحداد في الجملة لثبوت السنة بذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فنها حديث أم سلمة زوج النبي عليه الصلاة والسلام : ان امرأة جاءت الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله ان ابنتى توفي عنها زوجها وقد اشتكت عينيها افتكتحلهما فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا مرتين أو ثلاثا كل ذلك يقول لها لا ثم قال انما هي أربعة أشهر وعشر وقد كانت احداكن ترمى بالبعرة على رأس الحول وقال أبو محمد فعلى هذ الحديث يجب التعويل على القول بايجاب الاحداد . وأما حديث أم حبيبة حين دعت بالطيب فسحت به عارضيها ثم قالت والله مالى به من حاجة غير انى سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : لا يحل لامرأة مؤمنة تؤمن بالله واليوم الآخر تحد على ميت فوق ثلاث ليال الا على زوج أربعة أشهر وعشراً فليس فيه حجة لانه استثناء من حظر فهو يقتضى الاباحة دون الايجاب وكذلك حديث زينب بنت جحش (قال القاضى) وفي الامر اذا ورد بعد الحظر خلاف بين المتكلين أعنى هل يقتضى الوجوب أو الاباحة ✡ وسبب الخلاف بين من أوجبه على المسلمة دون الكافرة ان من رأى أن الاحداد عبادة لم يلزمه الكافرة ومن رأى أنه معنى معقول وهو تشوف الرجال اليها وهي الى الرجال سوى بين الكافرة والمسلمة ومن راعى تشوف الرجال دون تشوف النساء فرق بين الصغيرة والكبيرة اذا كانت الصغيرة لا يتشوف الرجال اليها ومن حجة من أوجبه على المسلمات دون الكافرات قوله عليه الصلاة والسلام: لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر ان تحد الا على زوج قال وشرطه الايمان في الاحداد يقتضى انه عبادة . وأما من فرق بين الامة والحرة وكذلك الكتابية فلانه زعم ان عدة الوفاة أوجبت شيئين باتفاق . أحدهما الاحداد . والثانى ترك الخروج فلما سقط ترك الخروج عن الامة بتبذلها والحاجة الى استخدامها سقط عنها منع الزينة . وأما اختلافهم في المكاتبة فمن قبل ترددها بين الحرة والامة . وأما الامة بملك اليمين وأم الولد فانما صار الجمهور الى اسقاط الاحداد عنها لقوله عليه الصلاة والسلام : لايحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الاخر ان تحد الا على زوج فعلم بدليل الخطاب ان من عدا ذات الزوج لايجب عليها احداد ومن أوجبه على المتوفي عنها زوجها دون المطلقة

فتعلق بالظاهر المنطوق به ومن الحق المطلقات بمن فمن طريق المعنى وذلك انه يظهر من معنى الاحداد ان المقصود به أن لاتتشوف اليها الرجال في العدة ولا تتشوف هي اليهم وذلك سداً الذريعة لمكان حفظ الانساب والله أعلم . كمل كتاب الطلاق والحمد لله على آلائه والشكر على نعمه ويتلوه كتاب البيوع ان شاء الله تعالى ،

﴿ كتاب البيوع ﴾

الكلام في البيوع ينحصر في خمس جمل في معرفة أنواعها وفي معرفة شروط الصحة في واحد واحد منها وفي معرفة شروط الفساد وفي معرفة أحكام البيوع الصحيحة وفي معرفة أحكام البيوع الفاسدة فنحن نذكر أنواع البيوع المطلقة ثم نذكر شروط الفساد والصحة في واحد واحد منها وأحكام بيوع الصحة وأحكام البيوع الفاسدة ولما كانت أسباب الفساد والصحة في البيوع منها عامة لجميع أنواع البيوع أولا كثرها ومنها خاصة وكذلك الامر في أحكام الصحة والفساد اقتضى النظر الصناعى ان نذكر المشترك من هذه الاصناف الاربعة أعنى العام من أسباب الفساد وأسباب الصحة وأحكام الصحة وأحكام الفساد لجميع البيوع ثم نذكر الخاص من هذه الاربعة بواحد واحد من البيوع فينقسم هذا الكتاب باضطرار الى ستة أجزاء الجزء الاول تعرف فيه أنواع البيوع المطلقة ، الثانى تعرف فيه أسباب الفساد العامة في البيوع المطلقة أيضا أعنى في كلها أو أكثرها اذ كانت أعرف من أسباب الصحة . الثالث تعرف فيه أسباب الصحة في البيوع المطلقة أيضا . الرابع نذكر فيه أحكام البيوع الصحيحة أعنى الاحكام المشتركة لكل البيوع الصحيحة أولا كثرها . الخامس نذكر فيه أحكام البيوع الفاسدة المشتركة أعنى اذا وقعت . السادس نذكر فيه نوعا نوعا من البيوع بما يخصه من الصحة والفساد وأحكامها .

(الجزء الاول) ان كل معاملة وجدت بين اثنين فلا يخلو أن تكون عينا بعين أو عيناً بشيء فى الذمة أو ذمة بذمة وكل واحد من هذه الثلاث . إما نسيئة وإما ناجز وكل واحد من هذه أيضا إما ناجز من الطرفين . وإما نسيئة من الطرفين . وإما ناجز من الطرف الواحد نسيئة من الطرف الآخر فتكون أنواع البيوع تسعة . فأما النسيئة من الطرفين فلا يجوز باجماع لافي العين ولا فى الذمة لانه الدين بالدين المنهى عنه واسماء هذه البيوع منها مايكون من قبل صفة العقد

وحال العقد ومنها مايكون من قبل صفة العين المبيعة وذلك انها اذا كانت عينا بعين فلا يخلو ان تكون ثمنا بثمن أو ثمنا بمثمون فان كانت ثمنا بثمن سمى صرفا وان كانت ثمنا بمثمون سمى بيعاً مطلقاً وكذلك مثمونا بمثمون على الشروط التى تقال بعد وان كان عينا بذمة سمى سلما وان كان على الخيار سمى بيع خيار وان كان على المرابحة سمى بيع مرابحة وان كان على المزايدة سمى بيع مزايدة .

(الجزء الثانى) واذا اعتبرت الاسباب التى من قبلها ورد النهى الشرعى فى البيوع وهى أسباب الفساد العامة وجدت أربعة ؛ أحدها تحريم عين المبيع ؛ والثانى الربا ، والثالث الغرر ، والرابع الشروط التى تؤل الى عد هذين او لمجموعهماوهذه الاربعة هى بالحقيقة أصول الفساد وذلك ان النهى انما تعلق فيها بالبيع من جهة ماهو بيع لالامر من خارج . وأما التى ورد النهى فيها لاسباب من خارج فمنها الغش ومنها الضرر ومنها لمكان الوقت المستحق بما هو أهم منه ومنها لانها محرمة البيع ففى هذا الجزء أبواب .

(الباب الاول فى الاعيان المحرمة البيع)

وهذه على ضربين نجاسات وغير نجاسات. فأما بيع النجاسات فالاصل فى تحريمها حديث جابر ثبت فى الصحيحين قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : ان الله ورسوله حرما بيع الخمر والميتة والخنزير والاصنام فقيل يارسول الله أرأيت شحوم الميتة فانه يطلى بها السفن ويستصبح بها فقال لعن الله اليهود حرمت الشحوم عليهم فباعوها وأكلوا أثمانها وقال فى الخمر ان الذى حرم شربها حرم بيعها والنجاسات على ضربين ؛ ضرب اتفق المسلمون على تحريم بيعها وهى الخمر وانها نجسة الا خلافا شاذاً فى الخمر أعنى فى كونها نجسة والميتة بجميع اجزائها التى تقبل الحياة وكذلك الخنزير بجميع اجزائه التى تقبل الحياة. واختلف فى الانتفاع بشعره فاجازه ابن القاسم ومنعه أصبغ . وأما القسم الثانى وهى النجاسات التى تدعو الضرورة الى استعمالها كالرجيع والزبل الذى يتخذ فى البساتين فاختلف فى بيعها فى المذهب فقيل بمنعها مطلقاً وقيل باجازتها مطلقا وقيل بالفرق بين العذرة والزبل أعنى اباحة الزبل ومنع العذرة . واختلفوا فيما يتخذ من انياب الفيل لاختلافهم هل هو نجس أم لا فمن رأى انه ناب جعله ميتة ومن رأى انه قرن معكوس جعل حكمه حكم القرن والخلاف فيه فى المذهب .

وأما ما حرم بيعه مما ليس بنجس أو مختلف فى نجاسته فمنها الكلب والسنور .

أما الكلب فاختلفوا في بيعه فقال الشافعي لايجوز بيع الكلب أصلا وقال أبو حنيفة يجوز ذلك وفرق أصحاب مالك بين كلب الماشية والزرع المأذون في اتخاذه وبين مالا يجوز اتخاذه فاتفقوا على أن مالا يجوز اتخاذه لايجوز بيعه للانتفاع به وامسا كه فأما من أراده للاكل فاختلفوا فيه فمن أجاز أكله أجاز بيعه ولم يجزه على رواية ابن حبيب لم يجز بيعه واختلفوا أيضا في المأذون في اتخاذه فقيل هو حرام وقيل مكروه . فأما الشافعي فعمدته شيئان ، أحدهما ثبوت النهي الوارد عن ثمن الكلب عن النبي صلى الله عليه وسلم ، والثاني أن الكلب عنده نجس العين كالخنزير وقد ذكرنا دليله في ذلك في كتاب الطهارة . وأما من أجازه فعمدته أنه طاهر العين غير محرم الاكل فجاز بيعه كالاشياء الطاهرة العين وقدتقدم أيضا في كتاب الطهارة استدلال من رأى انه طاهر العين وفي كتاب الاطعمة استدلال من رأى أنه حلال ومن فرق أيضا فعمدته أنه غير مباح الاكل ولا مباح الانتفاع به الا ما استثناه الحديث من كلب الماشية أو كلب الزرع ومافي معناه ورويت أحاديث غير مشهورة اقترن فيها بالنهي عن ثمن الكلب استثناء اثمان الكلاب المباحة الاتخاذ . وأما النهي عن ثمن السنور فثابت ولكن الجمهور على اباحته لانه طاهر العين مباح المنافع ✡ فسبب اختلافهم في الكلاب تعارض الادلة . ومن هذا الباب اختلافهم في بيع الزيت النجس وماضارعه بعد اتفاقهم على تحريم أكله فقال مالك لايجوز بيع الزيت النجس وبه قال الشافعي وقال ابو حنيفة يجوز اذا بين وبه قال ابن وهب من أصحاب مالك وحجة من حرمه حديث جابر المتقدم انه سمع رسول الله صلى الله عليه وسلم عام الفتح يقول ان الله ورسوله حرم الخمر والميتة والخنزير وعمدة من أجازه انه اذا كان في الشيء أكثر من منفعة واحدة وحرم منه واحدة من تلك المنافع انه ليس يلزمه ان يحرم منه سائر المنافع ولاسيما اذا كانت الحاجة الى المنفعة غير المحرمة كالحاجة الى المحرمة فاذا كان الاصل هذا يخرج منه الخمر والميتة والخنزير وبقيت سائر محرمات الاكل على الاباحة أعني انه ان كان فيها منافع سوى الاكل فبيعت لهذا جاز ورووا عن علي وابن عباس وابن عمر انهم أجازوا بيع الزيت النجس ليستصبح به وفي مذهب مالك جواز الاستصباح به وعمل الصابون مع تحريم بيعه وأجاز ذلك الشافعي أيضا مع تحريم ثمنه وهذا كله ضعيف وقد قيل ان في المذهب رواية أخرى تمنع الاستصباح به وهو ألزم للاصل أعني لتحريم البيع واختلف أيضا في المذهب في غسله وطبخه هل هو مؤثر في عين النجاسة ومزيل لها على قولين . أحدهما جواز ذلك . والآخر منعه وهما مبنيان على أن الزيت اذا خالطته النجاسة هل نجاسته نجاسة عين أو نجاسة مجاورة فمن رآه نجاسة مجاورة طهره عنده الغسل والطبخ ومن

رمة نجاسة عين لم يطهره عنده الطبخ والغسل ومن مسائلهم المشهورة في هذا الباب اختلافهم في جواز بيع لبن الآدمية اذا حلب فمالك والشافعي يجوزانه وأبو حنيفة لايجوزه وعمدة من أجاز بيعه انه لبن أبيح شربه فابيح بيعه قياسا على لبن سائر الانعام وأبو حنيفة يرى أن تحليله انما هو لمكان ضرورة الطفل اليه وأنه في الاصل محرم اذ لحم ابن آدم محرم والاصل عندهم ان الالبان تابعة للحوم فقالوا في قياسهم هكذا الانسان حيوان لايؤكل لحمه فلم يجز بيع لبنه أصله ابن الخنزير والاتان ٭ فسبب اختلافهم في هذا الباب تعارض اقيسة الشبه وفروع هذا الباب كثيرة وانما نذكر من المسائل في كل باب المشهور ليجرى ذلك مجرى الاصول .

الباب الثاني في بيوع الربا

واتفق العلماء على ان الربا يوجد في شيئين في البيع وفيما تقرر في الذمة من بيع أو سلف أو غير ذلك . فاما الربا فيما تقرر في الذمة فهو صنفان صنف متفق عليه وهو ربا الجاهلية الذى نهى عنه وذلك أنهم كانوا يسلفون بالزيادة وينظرون فكانوا يقولون انظرنى أزدك وهذا هو الذى عناه عليه الصلاة والسلام : بقوله في حجة الوداع ألا وان ربا الجاهلية موضوع وأول ربا أضعه ربا العباس بن عبد المطلب ، والثاني ضع وتعجل وهو مختلف فيه وسنذكره بعد . وأما الربا في البيع فان العلماء أجمعوا على أنه صنفان نسيئة وتفاضل الا ماروى عن ابن عباس من انكاره الربا في التفاضل لما رواه عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال : لاربا الا في النسيئة وانما صار جمهور الفقهاء الى أن الربا في هذين النوعين لثبوت ذلك عنه صلى الله عليه وسلم والكلام في الربا ينحصر في أربعة فصول ، الفصل الاول في معرفة الاشياء التى لايجوز فيها التفاضل ولايجوز فيها النساء وتبين علة ذلك ، الثاني في معرفة الاشياء التى يجوز فيها التفاضل ولا يجوز فيها النساء ، الثالث في معرفة ما يجوز فيه الامران جميعا ، الرابع في معرفة ما يعد صنفاً واحدا مما لايعد صنفاً واحداً .

(الفصل الاول)

فنقول أجمع العلماء على ان التفاضل والنساء ممالايجوز واحد منهما في الصنف الواحد من الاصناف التى نص عليها في حديث عبادة بن الصامت الا ماحكى عن ابن عباس وحديث عبادة هو قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم : ينهى عن بيع الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح

الاسواء بسواء عينا بعين فمن زاد أو ازداد فقد أربى فهذا الحديث نص في منع التفاضل في الصنف الواحد من هذه الاعيان . وأما منع النسيئة فيها فثابت من غير ما حديث أشهرها حديث عمر بن الخطاب قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : الذهب بالذهب ربا الاهاء وهاء والبر بالبر ربا الاهاء وهاء والتمر بالتمر ربا الاهاء وهاء والشعير بالشعير ربا الاهاء وهاء فتضمن حديث عبادة منع التفاضل في الصنف الواحد وتضمن أيضا حديث عبادة منع النساء في الصنفين من هذه واباحة التفاضل وذلك في بعض الروايات الصحيحة وذلك ان فيها بعد ذكره منع التفاضل في تلك الستة وبيعوا الذهب بالورق كيف شئتم يداً بيدوالبر بالشعير كيف شئتم يداً بيد وهذا كله متفق عليه من الفقهاء الا البر بالشعير واختلفوا فيما سوى هذه الستة المنصوص عليها . فقال قوم منهم أهل الظاهر انما يمتنع التفاضل في صنف صنف من هذه الاصناف الستة فقط وأن ماعداها لايمتنع في الصنف الواحد منها التفاضل وقال هؤلاء أيضا ان النساء ممتنع في هذه الستة فقط اتفقت الأصناف أو اختلفت وهذا أمر متفق عليه أعنى امتناع النساء فيها مع اختلاف الاصناف الا ماحكى عن ابن علية انه قال اذا اختلف الصنفان جاز التفاضل والنسيئة ماعدى الذهب والفضة فهؤلاء جعلوا النهى المتعلق باعيان هذه الستة من باب الخاص أريد به الخاص وأما الجمهور من فقهاء الامصار فانهم اتفقوا على انه من باب الخاص أريد به العام.واختلفوا في المعنى العام الذى وقع التنبيه عليه بهذه الاصناف أعنى في مفهوم علة التفاضل ومنع النساء فيها فالذى استقر عليه حذاق المالكية ان سبب منع التفاضل اما في الاربعة فالصنف الواحد من المدخر المقتات وقد قيل الصنف الواحد المدخر وان لم يكن مقتاتا ومن شرط الادخار عندهم أن يكون في الأكثر وقال بعض أصحابه الربا في الصنف المدخر وان كان نادر الادخار . وأما العلة عندهم في منع التفاضل في الذهب والفضة فهو الصنف الواحد أيضاً مع كونهما رؤسا للأثمان وقيما للمتلفات وهذه العلة هي التى تعرف عندهم بالقاصرة لأنها ليست موجودة عندهم في غير الذهب والفضة . وأما علة منع النساء عند المالكية في الاربعة المنصوص عليها فهو الطعم والادخار دون اتفاق الصنف ولذلك اذا اختلفت أصنافها جاز عندهم التفاضل دون النسيئة ولذلك يجوز التفاضل عندهم في المطعومات التى ليست مدخرة أعنى في الصنف الواحد منها ولا يجوز النساء . أما جواز التفاضل فلكونها ليست مدخرة وقد قيل أن الادخار شرط في تحريم التفاضل في الصنف الواحد . وأما منع النساء فيها فلكونها مطعومة مدخرة وقد قلنا أن الطعم باطلاق علة لمنع النساء في المطعومات . وأما الشافعية فعلة منع التفاضل عندهم في هذه الاربعة

هو الطعم فقط مع اتفاق الصنف الواحد . وأما علة النساء فالطعم دون اعتبار الصنف مثل قول مالك . وأما الحنفية فعلة منع التفاضل عندهم في هذه السنة واحدة وهو الكيل أو الوزن مع اتفاق الصنف وعلة النساء فيها اختلاف الصنف ما عدا النحاس والذهب فان الاجماع انعقد على انه يجوز فيها النساء ووافق الشافعى مالكا في علة منع التفاضل والنساء في الذهب والفضة أعنى أن كونهما رؤسا للاثمان وقيما للمتلفات هو عندهم علة منع النسيئة اذا اختلف الصنف فاذا اتفقا منع التفاضل والحنفية تعتبر في المكيل قدراً يتأتى فيه الكيل وسيأتى أحكام الدنانير والدراهم بما يخصها فى كتاب الصرف . وأما ههنا فالمقصود هو تبيين مذاهب الفقهاء على علل الربا المطلق في هذه الاشياء وذكر عمدة دليل كل فريق منهم * فنقول أن الذين قصروا صنفى الربا على هذه الاصناف الستة فهم أحد صنفين ، أما قوم نفوا القياس في الشرع أعنى استنباط العلل من الالفاظ وهم الظاهرية ، وأما قوم نفوا قياس الشبه وذلك أن جميع من الحق المسكوت ههنا بالمنطوق به فانما ألحقه بقياس الشبه لا بقياس العلة الا ما حكى عن ابن الماجشون انه اعتبر في ذلك المالية وقال علة منع الربا انما هي حياطة الاموال يريد منع الغبن ، وأما القاضى أبو بكر الباقلانى فلما كان قياس الشبه عنده ضعيفاً وكان قياس المعنى عنده أقوى منه اعتبر في هذا الموضع قياس المعنى اذ لم يتأت له قياس علة فالحق الزبيب فقط بهذه الاصناف الاربعة لانه زعم أنه في معنى التمر ولكل واحد من هؤلاء أعنى من القائسين دليل في استنباط الشبه الذى اعتبره في الحاق المسكوت عنه بالمنطوق به من هذه الاربعة أما الشافعية فانهم قالوا فى تثبيت علتهم الشبهية ان الحكم اذا علق باسم مشتق دل على أن ذلك المعنى الذى اشتق منه الاسم هو علة الحكم مثل قوله تعالى (والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما) فلما علق الحكم بالاسم المشتق وهو السارق علم ان الحكم متعلق بنفس السرقة قالوا واذا كان هذا هكذا وكان قد جاء من حديث سعيد بن عبد الله انه قال كنت أسمع رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : الطعام بالطعام مثلا بمثل فمن البين ان الطعم هو الذى علق به الحكم . وأما المالكية فانها زادت على الطعم إما صفة واحدة وهو الادخار على مافي الوطأ وإما صفتين وهو الادخار والاقتيات على مااختاره البغداديون وتمسكت فى استنباط هذه العلة بأنه لو كان المقصود الطعم وحده لاكتفى بالتنبيه على ذلك بالنص على واحد من تلك الاربعة الاصناف المذكورة فلما ذكر منها عدداً علم انه قصد بكل واحد منها التنبيه على مافى معناه وهي كلها يجمعها الاقتيات والادخار أما البر والشعير فنبه بهما على أصناف الحبوب المدخرة ونبه بالتمر على جميع أنواع الحلاوات المدخرة

كالسكر والعسل والزبيب ونبه بالملح على جميع التوابل المدخرة لاصلاح الطعام وأيضا فانهم قالوا لما كان معقول المعنى في الربا انما هو أن لا يغبن بعض النـاس بعضا وان تحفظ أموالهم فواجب أن يكون ذلك في أصول المعايش وهي الاقوات ،واما الحنفية فعمدتهم في اعتبار المكيل والموزون انه صلى الله عليه وسلم لما علق التحليل باتفاق الصنف واتفاق القدر وعلق التحريم باتفاق الصنف واختلاف القدر في قوله صلى الله عليه وسلم لعامله بخيبر من حديث أبي سعيد وغيره الا كيلا بكيل يدا بيد رأوا ان التقدير أعنى الكيل أو الوزن هو المؤثر في الحكم كتأثير الصنف وربما احتجوا باحاديث ليست مشهورة فيها تنبيه قوى على اعتبار الكيل أو الوزن منها انهم رووا في بعض الاحاديث المتضمنة المسميات المنصوص عليها في حديث عبادة زيادة وهي وكذلك مايكال ويوزن وفي بعضها وكذلك المكيال والميزان هذا نص لو صحت الاحاديث ولكن اذا تؤمل الامر من طريق المعنى ظهر والله أعلم ان علتهم أولى العلل وذلك انه يظهر من الشرع أن المقصود بتحريم الربا انما هو لمكان الغبن الكثير الذى فيه وان العدل في المعاملات انما هو مقاربة التساوى ولذلك لما عسر ادراك التساوى فى الاشياء المختلفة الذوات جعل الدينار والدرهم لتقويمها أعنى تقديرها ولمـا كانت الاشياء المختلفة الذوات أعنى غير الموزونة والمكيلة العدل فيها انما هو في وجود النسبة أعنى أن تكون نسبة قيمة أحد الشيئين الى جنسه نسبة قيمة الشيء الآخر الى جنسه مثال ذلك أن العـدل اذا باع انسان فرسا بثياب هو أن تكون نسبة قيمة ذلك الفرس الى الافراس هي نسبة قيمة ذلك الثوب الى الثياب فان كان ذلك الفرس قيمته خمسون فيجب أن تكون تلك الثياب قيمتها خمسون فليكن مثلا الذى يساوى هـذا القدر عددها هو عشرة اثواب فاذاً اختلاف هذه المبيعات بعضها ببعض في العدد واجب في المعاملة العدلة أعنى أن يكون عديل فرس عشرة اثواب في المثل . وأما الاشـياء المكيلة والموزونة فلما كانت ليست تختلف كل الاختلاف وكانت منافعها متقاربة ولم تكن حاجة ضرورية لمن كان عنده منها صنف أن يستبدله بذلك الصنف بعينه الا على جهة السرف كان العدل في هـذه انما هو بوجود التساوى فى الكيل أو الوزن اذ كانت لاتتفاوت فى المنافع وأيضا فان منع التفاضل فى هذه الاشياء يوجب ان لا يقع فيها تعامل لكون منافعها غير مختلفة والتعامل انما يضطر اليه في المنافع المختلفة فاذاً منع التفاضل فى هـذه الاشياء أعنى المكيلة والموزونة علتان . إحـداهما وجود العـدل فيها . والثاني منع المعاملة اذ كانت المعاملة بها من باب السرف ، وأما الدينار والدرهم فعلة المنع فيها أظهر اذ كانت هذه ليس المقصود منها الربح وانما المقصود بها تقدير الاشياء التى لها منافع ضرورية

وروى مالك عن سعيد بن المسيب انه كان يعتبر في علة الربا في هذه الاصناف الكيل والطعم وهو معنى جيد لكون الطعم ضروريا في أقوات الناس فانه يشبه أن يكون حفظ العين وحفظ السرف فيماهو قوت اهم منه فيما ليس هو قوتاً وقد روى عن بعض التابعين أنه اعتبر في الربا الاجناس التي تجب فيها الزكاة وعن بعضهم الانتفاع مطلقا أعنى المالية وهو مذهب ابن الماجشون .

﴿ الفصل الثانى ﴾

فيجب من هذا أن تكون علة امتناع النسيئة في الربويات هي الطعم عند مالك والشافعي . وأما في غير الربويات مما ليس بمطعوم فان علة منع النسيئة فيه عند مالك هو الصنف الواحد المتفق المنافع مع التفاضل وليس عند الشافعي نسيئة في غير الربويات . وأما أبو حنيفة فعلة منع النساء عنده هو الكيل في الربويات وفي غير الربويات الصنف الواحد متفاضلا كان أو غير متفاضل وقد يظهر من ابن القاسم عن مالك انه يمنع النسيئة فى هذه لانه عنده من باب السلف الذى يجر منفعة .

(الفصل الثالث)

وأما مايجوز فيه الامران جميعا أعنى التفاضل والنساء فالم يكن ربويا عند الشافعي. وأما عند مالك فالم يكن ربويا ولا كان صنفا واحدا متماثلا أو صنفا واحدا باطلاق على مذهب أبي حنيفة ومالك يعتبر في الصنف المؤثر فى التفاضل في الربويات وفى النساء في غير الربويات اتفاق المنافع واختلافها فاذ اختلفت جعلها صنفين وان كان الاسم واحداً وأبو حنيفه يعتبر الاسم وكذلك الشافعي وان كان الشافعي ليس الصنف عنده مؤثراً الا في الربويات فقط أعنى انه يمنع التفاضل فيه وليس هو عنده علة للنساء أصلا فهذا هو تحصيل مذاهب هؤلاء الفقهاء الثلاثة في هذه الفصول الثلاث فاما الاشياء التى لا تجوز فيها النسيئة فانها قسمان منها مالا يجوز فيها التفاضل وقد يقدم ذكرها ومنها ما يجوز فيها التفاضل . فاما الاشياء التى لا يجوز فيها التفاضل فعلة امتناع النسيئة فيها هو الطعم عند مالك وعند الشافعي الطعم فقط وعند أبي حنيفة مطعومات الكيل والوزن فاذا اقترن بالطعم اتفاق الصنف حرم التفاضل عند الشافعي واذا اقترن وصف ثالث وهو الادخار حرم التفاضل عند مالك واذا اختلف الصنف جاز التفاضل وحرمت النسيئة . وأما الاشياء التى ليس يحرم التفاضل فيها عند مالك فانها صنفان امامطعومة واماغير مطعومة فالنساء عنده لايجوز فيها وعلة المنع الطعم . وأما غير المطعومة فانه لايجوز فيها النساء عنده

فيما اتفقت منافعه مع التفاضل فلا يجوز عنده شاة واحدة بشاتين الى أجل الا ان تكون احداها حلوبة والاخرى أكولة هذا هو المشهور عنه وقد قيل انه يعتبر اتفاق المنافع دون التفاضل فعلى هذا لا يجوز عنده شاة حلوبة بشاة حلوبة الى أجل فاما اذا اختلفت المنافع فالتفاضل والنسيئة عنده جائزان وان كان الصنف واحدا وقيل يعتبر اتفاق الاسماء مع اتفاق المنافع والاشهر أن لا يعتبر وقد قيل يعتبر . وأما أبو حنيفة فالمعتبر عنده في منع النساء ما عدا التي لا يجوز عنده فيها التفاضل هو اتفاق الصنف اتفقت المنافع أو اختلفت فلا يجوز عنده شاة بشاة ولا بشاتين نسيئة وان اختلفت منافعها وأما الشافعي فكل ما لا يجوز التفاضل عنده في الصنف الواحد يجوز فيه النساء فيجيز شاة بشاتين نسيئة ونقداً وكذلك شاة بشاة ودليل الشافعي حديث عمرو بن العاص أن رسول الله صلى الله عليه وسلم : أمره أن يأخذ في قلائص الصدقة البعير بالبعيرين الى الصدقة قالوا فهذا التفاضل في الجنس الواحد مع النساء . وأما الحنفية فاحتجت بحديث الحسن عن سمرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم : نهى عن بيع الحيوان بالحيوان قالوا وهذا يدل على تأثير الجنس على الانفراد في النسيئة . وأما مالك فعمدته في مراعاة منع النساء عند اتفاق الاغراض سد الذرعية وذلك أنه لا فائدة في ذلك الا أن يكون من باب سلف يجر نفعا وهو يحرم وقد قيل عنه أنه أصل بنفسه وقد قيل عن الكوفيين انه لا يجوز بيع الحيوان بالحيوان نسيئة اختلف الجنس او اتفق على ظاهر حديث سمرة فكان الشافعي ذهب مذهب الترجيح لحديث عمرو بن العاص والحنفية لحديث سمرة مع التأويل له لان ظاهره يقتضي أن لا يجوز الحيوان بالحيوان نسيئة اتفق الجنس أو اختلف وكان مالكا ذهب مذهب الجمع فحمل حديث سمرة على اتفاق الاغراض وحديث عمرو بن العاص على اختلافها وسماع سمرة من الحسن مختلف فيه ولكن صححه الترمذي ويشهد لمالك ما رواه الترمذي عن جابر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : الحيوان اثنان بواحد لا يصلح للنساء ولا بأس به يداً بيد . وقال ابن المنذر ثبت ان رسول الله صلى الله عليه وسلم اشترى عبداً بعبدين أسودين واشترى جارية بسبعة أرؤس وعلى هذا الحديث يكون بيع الحيوان بالحيوان يشبه ان يكون أصلا بنفسه لا من قبل سد ذريعة . واختلفوا فيما لا يجوز بيعه نساء هل من شرطه التقابض في المجلس قبل الافتراق في سائر الربويات بعد اتفاقهم في اشتراط ذلك في المصارفة لقوله عليه الصلاة والسلام : لا تبيعوا منها غائبا بناجز فمن شرط فيها التقابض في المجلس شبهها بالصرف ومن لم يشترط ذلك قال أن القبض قبل التفرق

ليس شرطا في البيوع الا ماقام الدليل عليه ولما قام الدليل على الصرف فقط بقيت سائر الربويات على الاصل .

﴿ الفصل الرابع ﴾

واختلفوا من هذا الباب فيما يعد صنفا واحداً وهو المؤثر فى التفاضل مما لا يعد صنفا واحداً في مسائل كثيرة لكن نذكر منها أشهرها وكذلك اختلفوا في صفات الصنف الواحد المؤثر فى التفاضل هل من شرطه أن لا يختلف بالجودة والرداءة ولا باليبس والرطوبة فاما اختلافهم فيما يعد صنفاً واحدا مما لا يعد صنفاً واحداً فمن ذلك القمح والشعير صار قوم الى أنهما صنف واحد وصار آخرون الى أنهما صنفان فبالاول قال مالك والاوزاعى وحكاه مالك فى الموطأ عن سعيد بن المسيب وبالثانى قال الشافعى وأبو حنيفة وعمدتهما السماع والقياس . أما السماع فقوله صلى الله عليه وسلم : لا تبيعوا البر بالبر والشعير بالشعير الا مثلا بمثل فجعلهما صنفين وأيضا فان في بعض طرق حديث عبادة ابن الصامت وبيعوا الذهب بالفضة كيف شئتم والبر بالشعير كيف شئتم والملح بالتمر كيف شئتم يدا بيد ذكره عبد الرزاق ووكيع عن الثورى وصحح هذه الزيادة الترمذى وأما القياس فلانهما شيئان اختلفت اسماؤهما ومنافعهما فوجب أن يكونا صنفين أصله الفضة والذهب وسائر الاشياء المختلفة فى الاسم والمنفعة . وأما عمدة مالك فانه عمل سلفه بالمدينة وأما أصحابه فاعتمدوا فى ذلك أيضا السماع والقياس أما السماع فما روى أن النبي عليه الصلاة والسلام : قال الطعام مثلا بمثل فقالوا اسم الطعام يتناول البر والشعير وهذا ضعيف فان هذا عام تفسره الاحاديث الصحيحة وأما من طريق القياس فانهم عددوا كثيراً من اتفاقهما في المنافع والمتفقة المنافع لايجوز التفاضل فيها باتفاق والسلت عند مالك والشعير صنف واحد وأما القطنية فانها عنده صنف واحد في الزكاة وعنه في البيوع روايتان احداهما انها صنف واحد والاخرى انها أصناف * وسبب الخلاف تعارض اتفاق المنافع فيها واختلافها فمن غلب الاتفاق قال صنف واحد ومن غلب الاختلاف قال صنفن أو أصناف والارز والدخن والجاورس عنده صنف واحد .

(مسئلة) واختلفوا من هذا الباب في الصنف الواحد من اللحم الذى لايجوز فيه التفاضل فقال مالك اللحوم ثلاثة أصناف فلحم ذوات الاربع صنف ولحم ذوات الماء صنف ولحم الطير كله صنف واحد أيضا وهذه الثلاثة الاصناف مختلفة يجوز فيها

التفاضل وقال أبو حنيفة كل واحد من هذه هو أنواع كثيرة والتفاضل فيه جائز الا في النوع الواحد بعينه وللشافعي قولان ، أحدهما مثل قول أبي حنيفة ، والآخر ان جميعها صنف واحد وأبو حنيفة يجيز لحم الغنم بالبقر متفاضلا ومالك لايجيزه والشافعي لايجيز بيع لحم الطير بلحم الغنم متفاضلا ومالك يجيزه وعمدة الشافعي قوله عليه الصلاة والسلام : الطعام بالطعام مثلا بمثل ولأنها اذا فارقتها الحياة زالت الصفات التي كانت بها تختلف ويتناولها اسم اللحم تناولا واحداً وعمدة المالكية ان هذه اجناس مختلفة فوجب أن يكون لحمها مختلفاً والحنفية تعتبر الاختلاف الذي في الجنس الواحد من هذه ونقول ان الاختلاف الذي بين الانواع التي في الحيوان أعني في الجنس الوحد منه كأنك قلت الطائر هو وزان الاختلاف الذي بين التمر والبر والشعير وبالجملة فكل طائفة تدعي ان وزان الاختلاف الذي بين الاشياء المنصوص عليها هو الاختلاف الذي تراه في اللحم والحنفية أقوى من جهة المعنى لان تحريم التفاضل انما هو عند اتفاق المنفعة .

(مسئلة) واختلفوا من هذا الباب في بيع الحيوان بالميت على ثلاثة أقوال ، قول انه لايجوز باطلاق وهو قول الشافعي والليث ، وقول انه يجوز في الاجناس المختلفة التي يجوز فيها التفاضل ولا يجوز ذلك في المتفقة أعني الربوية لمكان الجهل الذي فيها من طريق التفاضل وذلك في التي المقصود منها الاكل وهو قول مالك فلا يجوز شاة مذبوحة بشاة تراد للاكل وذلك عنده في الحيوان المأكول حتى انه لايجيز الحي بالحي اذا كان المقصود الاكل من أحدهما فهي عنده من هذا الباب أعني ان امتناع ذلك عنده من جهة الربا والمزابنة وقول ثالث انه يجوز مطلقا وبه قال أبو حنيفة * وسبب الخلاف معارضة الاصول في هذا الباب المرسل سعيد بن المسيب وذلك ان مالكا روى عن زيد بن أسلم عن سعيد بن المسيب أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الحيوان باللحم فمن لم تنقدح عنده معارضة هذا الحديث لاصل من أصول البيوع التي توجب التحريم قال به ومن رأى ان الاصول معارضة له وجب عليه أحد أمرين ، إما ان يغلب الحديث فيجعله أصلا زائدا بنفسه . أو يرده لمكان معارضة الاصول له فالشافعي غلب الحديث وأبو حنيفة غلب الاصول ومالك رده الى أصوله في البيوع وجعل البيع فيه من باب الربا أعني بيع الشيء الربوي بأصله مثل بيع الزيت بالزيتون وسيأتي الكلام على هذا الاصل فانه الذي يعرفه الفقهاء بالمزابنة وهي داخلة في الربا بجهة وفي الغرر بجهة وذلك أنها ممنوعة في الربويات من جهة الربا والغرر وفي غير الربويات من جهة الغرر فقط الذي سببه الجهل بالخارج عن الاصل .

(مسئلة) ومن هذا الباب اختلافهم في بيع الدقيق بالحنطة مثلا بمثل فالاشهر عن مالك جوازه وهو قول مالك في موطئه ، وروى عنه انه لايجوز وهو قول الشافعي وأبي حنيفة وابن الماجشون من أصحاب مالك وقال بعض أصحاب مالك ليس هو اختلافا من قوله وانما رواية المنع اذا كان اعتبار المثلية بالكيل لان الطعام اذا صار دقيقا اختلف كيله ورواية الجواز اذا كان الاعتبار بالوزن . وأما أبو حنيفة فالمنع عنـده في ذلك من قبل ان أحدهما مكيل والآخر موزون ومالك يعتبر الكيل أو الوزن فيما جرت العادة ان يكال أو يوزن والعدد فيما لايكال ولايوزن واختلفوا من هذا الباب فيما تدخله الصنعة ممـا أصله منع الربا فيه مثل الخبز بالخبز فقال أبو حنيفة لابأس ببيع ذلك متفاضلا ومتماثلا لانه قد خرج بالصنعة عن الجنس الذي فيه الربا ، وقال الشافعي لايجوز متماثلا فضلا عن متفاضل لانه قد غيرته الصنعة تغيراً جهلت به مقاديره التي تعتبر فيها المماثلة . وأما مالك فالاشهر في الخبز عنده انه يجوز متماثلا وقد قيل فيه انه يجوز فيه التفاضل والتساوي . وأما العجين بالعجين فجائز عنده مع المماثلة ✽ وسبب الخلاف هل الصنعة تنقله من جنس الربويات أو ليس تنقله وان لم تنقله فهل تمكن المماثلة فيه أولا تمكن فقال أبو حنيفة تنقله وقال مالك والشافعي لاتنقله . واختلفوا في امكان المماثلة فيهما فكان مالك يجيز اعتبار المماثلة في الخبز واللحم بالتقدير والحزر فضلا عن الوزن . وأما اذا كان أحد الربويين لم تدخله صنعة والآخر قد دخلته الصنعة فان مالكا يرى في كثير منها ان الصنعة تنقله من الجنس أعني من أن يكونا جنسا واحدا فيجيز فيها التفاضل وفي بعضها ليس يرى ذلك وتفصيل مذهبه في ذلك عسير الانفصال فاللحم المشوي والمطبوخ عنده من جنس واحد والحنطة المقلوة عنده وغير المقلوة جنسان وقـد رام أصحابه التفصيل في ذلك والظاهر من مذهبه انه ليس في ذلك قانون من قوله حتى ينحصر فيه أقواله فيها وقد رام حصرها الباجي في المنتقى وكذلك أيضا يعسر حصر المنافع التي توجب عنده الاتفاق في شيء شيء من الاجناس التي يقع بها التعامل وتمييزها من التي لاتوجب ذلك أعني في الحيوان والعروض والنبات ✽ وسبب العسر أن الانسان اذا سئل عن أشياء متشابهة في أوقات مختلفة ولم يكن عنده قانون يعمل عليه في تمييزها الا مايعطيه بادىء النظر في الحال جاوب فيها بجوابات مختلفة فاذا جاء من بعده أحد فرام ان يجري تلك الاجوبة على قانون واحد وأصل واحد عسر ذلك عليه وأنت تتبين ذلك من كتبهم فهذه هي أمهات هذا الباب .

(فصل) وأما اختلافهم في بيع الربوي الرطب بجنسه من اليابس مع وجود التماثل في القدر والتناجز فان السبب في ذلك ماروى مالك عن سعيد بن أبي وقاص

انه قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم : يسئل عن شراء التمر بالرطب فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم أينقص الرطب اذا جف فقالوا نعم فنهى عن ذلك فاخذ به أكثر العلماء وقال لايجوز بيع التمر بالرطب على حال مالك والشافعي وغيرهما وقال أبو حنيفة يجوز ذلك وخالفه في ذلك صاحباه محمد بن الحسن وأبو يوسف وقال الطحاوى بقول أبي حنيفة * وسبب الخلاف معارضة ظاهر حديث عبادة وغيره له واختلافهم في تصحيحه وذلك ان حديث عبادة اشترط في الجواز فقط المماثلة والمساواة وهذا يقتضى بظاهره حال العقد لاحال المآل فمن غلب ظواهر أحاديث الربويات رد هذا الحديث ومن جعل هذا الحديث أصلا بنفسه قال هو أمر زائد ومفسر لاحاديث الربويات والحديث أيضا اختلف الناس في تصحيحه ولم يخرجه الشيخان قال الطحاوى خولف فيه عبد الله فرواه يحي بن كثير عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الرطب بالتمر نسيئة وقال ان الذى يروى عنه هذا الحديث عن سعد بن أبي وقاص هو مجهول لكن جمهور الفقهاء صاروا الى العمل به وقال مالك في موطئه قياسا به على تعليل الحكم في هذا الحديث، وكذلك كل رطب بيابس من نوعه حرام يعنى منع المماثلة كالعجين بالدقيق واللحم اليابس بالرطب وهو أحد قسمى المزابنة عند مالك المنهى عنها عنده والعرية عنده مستثناة من هذا الاصل وكذلك عند الشافعي والمزابنة عند أبي حنيفة المنهى عنها هو بيع التمر على الارض بالتمر في رؤس النخيل لموضع الجهل بالمقدار الذى بينهما أعنى بوجود التساوى وطرد الشافعي هذه العلة في الشيئين الرطبين فلم يجز بيع الرطب بالرطب ولا العجين بالعجين مع التماثل لانه زعم أن التفاضل يوجد بينهما عند الجفاف وخالفه في ذلك جل من قال بهذا الحديث . وأما اختلافهم في بيع الجيد بالردىء في الاصناف الربوية فذلك يتصور بأن يباع منها صنف واحد وسط في الجودة بصنفين أحدهما أجود من ذلك الصنف والآخر أردأ مثل ان يبيع مدين من تمر وسط بمدين من تمر ، أحدهما أعلى من الوسط ، والآخر أدون منه فان مالكا يرد هذا لانه يتهمه أن يكون انما قصد ان يدفع مدين من الوسط في مد من الطيب فجعل معه الردىء ذريعة الى تحليل مالايجب من ذلك ووافقه الشافعي في هذا ولكن التحريم عنده ليس هو فيما أحسب لهذه التهمة لانه لايعمل التهم ولكن يشبه أن يعتبر التفاضل في الصفة وذلك انه متى لم تكن زيادة الطيب على الوسط مثل نقصان الردىء عن الوسط والا فليس هناك مساواة في الصفة ومن هذا الباب اختلافهم في جواز بيع صنف من الربويات بصنف مثله وعرض أو دنانير أو دراهم اذا كان الصنف الذى يجعل معه العرض أقل من ذلك الصنف المفرد أو يكون مع كل واحد منهما

عرض والصنفان مختلفان في القـدر ، فالاول مثل ان يبيع كيلين من التمر بكيل من التمر ودرهم ، والثاني مثل ان يبيع كيلين من التمر وثوب بثلاثة أكيال من التمر ودرهم فقال مالك والشافعي والليث ان ذلك لايجوز ، وقال أبو حنيفة والكوفيون ان ذلك جائز ☆ فسبب الخلاف هـل مايقابل العرض من الجنس الربوى ينبغي أن يكون مساويا له في القيمة أو يكفى في ذلك رضا البائع فمن قال الاعتبـار بمساواته في القيمة قال لايجوز لمكان الجهـل بذلك لانه اذا لم يكن العرض مساويا لفضل أحد الربويين على الثاني كان التفاضل ضرورة مثال ذلك انه ان باع كيلين من تمر بكيل وثوب فقد يجب ان تكون قيمة الثوب تساوى لكيل ، والا وقع التفاضـل ضرورة . وأما أبو حنيفة فيكتفى في ذلك بان يرضى به المتبايعان ومالك يعتبر أيضا في هذا سد الذريعة لانه انما جعل جاعل ذلك ذريعة الى بيع الصنف الواحد متفاضلا فهذه مشهورات مسائلهم في هذا الجنس .

﴿ باب في بيوع الذرائع الربوية ﴾

وههنا شيء يعرض المتبايعين اذا قال أحدهما الآخر بزيادة أونقصان وللمتبايعين اذا اشترى أحدهما من صاحبه الشيء الذي باعه بزيادة أونقصان وهو ان يتصور بينهما من غير قصد الى ذلك تبايع ربوى مثل أن يبيع انسان من أنسان سلعة بعشرة دنانير نقداً ثم يشتريها منه بعشرين الى أجل فاذا أضيفت البيعة الثانية الى الاولى استقر الامر على أن أحدهما دفع عشرة دنانير في عشرين الى أجل وهذا هو الذى يعرف ببيوع الآجال فنذكر من ذلك مسـألة في الاقالة ومسئلة من بيوع الاجال اذ كان هذا الكتاب ليس المقصود به التفريع وانما المقصود فيه تحصيل الاصول .

(مسئلة) لم يختلفوا أن من باع شيئاً ما كانك قلت عبداً بمائة دينار مثلا الى أجل ثم ندم البائع فسأل المبتاع أن يصرف اليه مبيعه ويدفع اليه عشرة دنانير مثلا نقداً أو الى أجل أن ذلك يجوز وأنه لا بأس بذلك وأن الاقالة عندهم اذا دخلتها الزيادة والنقصان هي بيع مسـأنف ولا حرج في أن يبيع الانسان الشيء بثمن ثم يشتريه بأكثر منه لانه في هذه المسئلة اشترى منه البائع الاول العبد الذى باعه بالمائة التى وجبت له وبالعشرة مثاقيل التى زادها نقداً أو الى أجل وكذلك لا خلاف بينهم لو كان البيع بمائة دينار الى أجل والعشرة مثاقيل نقداً أو الى أجل . واما ان ندم المشترى في هذه المسألة وسأل الاقالة على أن يعطى البائع العشرة المثاقيل نقدا أو الى أجله

أبعدمن الاجل الذى وجبت فيه المائة فهنا اختلفوافقال مالك لا يجوز وقال الشافعى يجوز ووجه ما كره من ذلك مالك ان ذلك ذريعة الى قصد بيع الذهب بالذهب الى أجل والى بيع ذهب وعرض بذهب لان المشترى دفع العشرة مثاقيل والعبد في المائة دينار التى عليه وأيضا يدخله بيع وسلف كان المشترى باعه العبد بتسعين وأسلفه عشرة الى الاجل الذى يجب عليه فيقبضها من نفسه لنفسه . وأما الشافعى فهذا كله عنده جائز لانه شراء مستأنف ولا فرق عنده بين هذه المسئلة وبين أن تكون لرجل على رجل مائة دينار مؤجلة فيشترى منه غلاماً بالتسعين دينارا التى عليه ويعجل له عشرة دنانير وذلك جائز باجماع قال وحمل الناس على التهم لا يجوز وأما أن كان البيع الاول نقدا فلا خلاف في جواز ذلك لانه ليس يدخله بيع ذهب بذهب نسيئة الا ان مالكا كره ذلك لمن هو من أهل العينة أعنى الذى يداين الناس لانه عنده ذريعة لسلف في أكثر منه يتوصلان اليه بما أظهرا من البيع من غير ان تكون له حقيقة . وأما البيوع التى يعرفونها ببيوع الآجال فهى ان يبيع الرجل سلعة بثمن الى أجل ثم يشتريها بثمن آخر الى أجل آخر أو نقدا . وهنا تسع مسائل اذا لم تكن هناك زيادة عرض اختلف منها في مسألتين واتفق في الباقى وذلك أنه من باع شيئا الى أجل ثم اشتراه . فاما أن يشتريه الى ذلك الاجل بعينه أو قبله أو بعده وفى كل واحد من هذه الثلاثة . إما أن يشتريه بمثل الثمن الذى باعه به منه وإما بأقل . وإما بأكثر يختلف من ذلك في اثنين وهو أن يشتريها قبل الاجل نقدا بأقل من الثمن أو الى أبعد من ذلك الاجل بأكثر من ذلك الثمن فعند مالك وجمهور أهل المدينة أن ذلك لا يجوز وقال الشافعى وداود وأبو ثور يجوز فمن منعه فوجه منعه اعتبار البيع الثانى بالبيع الاول فاتهمه ان يكون انما قصد دفع دنانير في أكثر منها الى أجل وهو الربا المنهى عنه فزورا لذلك هذه الصورة ليتصلا بها الى الحرام مثل أن يقول قائل لآخر أسلفنى عشرة دنانير الى شهر وارد اليك عشرين دينارا فيقول هذا لا يجوز ولكن أبيع منك هذا الحمار بعشرين الى شهر ثم اشتريه منك بعشرة نقدا . وأما في الوجوه الباقية فليس يتهم فيها لانه ان أعطى أكثر من الثمن في أقل من ذلك الاجل لم يتهم وكذلك ان اشتراها بأقل من ذلك الثمن الى أبعد من ذلك الاجل ومن الحجة لمن رأى هذا الرأى حديث أبى العالية عن عائشة أنها سمعتها وقد قالت لها امرأة كانت أم ولد لزيد بن أرقم يا أم المؤمنين انى بعت من زيد عبدا الى العطاء بثمانمائة فاحتاج الى ثمنه فاشتريته منه قبل محل الاجل بستمائة فقالت عائشة بئسما شريت وبئسما اشتريت أبلغى زيدا أنه قد أبطل جهاده مع رسول الله صلى الله عليه وسلم

ان لم يتب قالت ارأيت ان تركت وأخذت الستمائة دينار قالت نعم (فمن جاءه موعظة من ربه فانتهى فله ما سلف) وقال الشافعي وأصحابه لا يثبت حديث عائشة وأيضا فان زيدا قد خالفها واذا اختلفت الصحابة فمذهبنا القياس وروى مثل قول الشافعي عن ابن عمر . وأما اذا حدث بالمبيع نقص عند المشترى الاول فان الثورى وجماعة من الكوفيين أجازوا لبائعه بالنظرة أن يشتريه نقدا بأقل من ذلك الثمن وعن مالك في ذلك روايتان والصور التي يعتبرها مالك في الذرائع في هذه البيوع هي ان يتذرع منها الى أنظرنى أزدك او الى بيع ما لا يجوز متفاضلا او بيع مالا يجوز نساء او الى بيع وسلف او الى ذهب وعرض بذهب او الى ضع وتعجل او بيع الطعام قبل ان يستوفي او بيع وصرف فان هذه هي اصول الربا ومن هذا الباب اختلافهم فيمن باع طعاما بطعام قبل ان يقبضه فمنعه مالك وأبو حنيفة وجماعة واجازه الشافعي والثورى والاوزاعي وجماعة وحجة من كرهه انه شبيه ببيع الطعام بالطعام نساء ومن اجازه لم ير ذلك فيه اعتبارا بترك القصد الى ذلك ومن ذلك اختلافهم فيمن اشترى طعاما بثمن الى اجل معلوم فلما حل الاجل لم يكن عند البائع طعام يدفعه اليه فاشترى من المشترى طعاما بثمن يدفعه اليه مكان طعامه الذى وجب له فاجاز ذلك الشافعي وقال لا فرق بين ان يشترى الطعام من غير المشترى الذى وجب له عليه او من المشترى نفسه ومنع من ذلك مالك ورآه من الذريعة الى بيع الطعام قبل ان يستوفي لانه رد عليه الطعام الذى كان ترتب في ذمته فيكون قد باعه منه قبل ان يستوفيه وصورة الذريعة في ذلك ان يشترى رجل من آخر طعاما الى أجل معلوم فاذا حل الاجل قال الذى عليه الطعام ليس عندى طعام ولكن أشترى منك الطعام الذى وجب لك على فقال هذا لا يصح لانه بيع الطعام قبل ان يستوفي فنقول له فبع طعاما منى واردده عليك فيعرض من ذلك ماذكرناه اعنى ان يرد عليه ذلك الطعام الذى أخذ منه ويبقى الثمن المدفوع انما هو ثمن الطعام الذى هو في ذمته . وأما الشافعي فلا يعتبر التهم كما قلنا وانما يراعى مايحل ويحرم من البيوع مااشترطاوذكراه بالسنتهما وظهر من فعلهما لاجماع العلماء على أنه اذا قال أبيعك هذه الدراهم بدراهم مثلها وأنظرك بها حولا أو شهراً انه لايجوز ولو قال له أسلفنى دراهم وأمهلنى بها حولا أو شهراً جاز فليس بينهما الا اختلاف لفظ البيع وقصده ولفظ القرض وقصده ولما كانت أصول الربا كما قلنا خمسة انظرنى أزدك والتفاضل والنساء وضع وتعجل وبيع الطعام قبل قبضه فانه يظن انه من هذا الباب اذ فاعل ذلك يدفع دنانير ويأخذ أكثر منها من غير تكلف فعل ولاضمان يتعلق بذمته فينبغى ان نذكرها هنا هذين

الاصلين أما ضع وتعجل وأجازه ابن عباس من الصحابة وزفر من فقهاء الامصار ومنعه جماعة منهم ابن عمر من الصحابة ومالك وأبو حنيفة والثوري وجماعة من فقهاء الامصار، واختلف قول الشافعي في ذلك فاجاز مالك وجمهور من ينكر ضع وتعجل ان يتعجل الرجل في دينه المؤجل عرضا يأخذه وان كانت قيمته أقل من دينه وعمدة من لم يجز ضع وتعجل انه شبيه بالزيادة مع النظرة المجتمع على تحريمها ووجه شبيهه بها انه جعل للزمان مقدارا من الثمن بدلا منه في الموضعين جميعا وذلك انه هنالك لما زاد له في الزمان زاد له عرضه ثمنا وهنا لما حط عنه الزمان حط عنه في مقابلته ثمنا وعمدة من أجازه ماروى عن ابن عباس ان النبي صلى الله عليه وسلم: لما أمر باخراج بني النضير جاءه ناس منهم فقالوا يانبي الله انك أمرت باخراجنا ولنا على الناس ديون لم تحل فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ضعوا وتعجلوا ☆ فسبب الخلاف معارضة قياس الشبه لهذا الحديث . وأما بيع الطعام قبل قبضه فان العلماء مجمعون على منع ذلك الا مايحكى عن عثمان البتي وانما أجمع العلماء على ذلك لثبوت النهي عنه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم من حديث مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: من ابتاع طعاما فلايبعه حتى يقبضه واختلف من هذه المسألة في ثلاثة مواضع ، أحدها فيما يشترط فيه القبض من المبيعات، والثاني في الاستفادات التي يشترط في بيعها القبض من التي لايشترط ، والثالث في الفرق بين مايباع من الطعام مكيلا وجزافا ففيه ثلاثة فصول .

(الفصل الاول)

وأما بيع ماسوى الطعام قبل القبض فلاخلاف في مذهب مالك في اجازته. وأما الطعام الربوي فلا خلاف في مذهبه ان القبض شرط في بيعه . وأما غير الربوي من الطعام فعنه في ذلك روايتان ، احداهما المنع وهي الاشهر وبها قال أحمد وأبو ثور الا أنهما اشترطا مع الطعام الكيل والوزن والرواية الاخرى الجواز . وأما أبو حنيفة فالقبض عنده شرط في كل مبيع ماعدا المبيعات التي لاتنتقل ولا تحول وهي الدور والعقار . وأما الشافعي فان القبض عنده شرط في كل مبيع وبه قال الثوري وهو مروي عن جابر بن عبد الله وابن عباس وقال أبو عبيد واسحاق كل شيء لايكال ولايوزن فلابأس ببيعه قبل قبضه فاشترط هؤلاء القبض في المكيل والموزون وبه قال ابن حبيب وعبد العزيز بن أبي سلمة وربيعة وزاد هؤلاء مع الكيل والوزن المعدود فتحصل في اشتراط القبض سبعة أقوال ، الاول الطعام الربوي فقط ، والثاني في

الطعام باطلاق ، الثالث فى الطعام المكيل والموزون ، الرابع فى كل شىء ينقل ، الخامس فى كل شىء ، السادس فى المكيل والموزون ، السابع فى المكيل والموزون والمعدود أما عمدة مالك فى منعه ماعدا المنصوص عليه فدليل الخطاب فى الحديث المتقدم وأما عمدة الشافعى فى تعميم ذلك فى كل بيع فعموم قوله عليه الصلاة والسلام : لايحل بيع وسلف ولا ربح مالم يضمن ولا بيع ماليس عندك وهذا من باب بيع مالم يضمن وهذا مبنى على مذهبه من أن القبض شرط فى دخول المبيع فى ضمان المشترى واحتج أيضاً بحديث حكيم بن حزام قال قلت يارسول الله إنى أشترى بيوعا فما يحل لى منها وما يحرم فقال ياابن أخى اذا اشتريت بيعا فلا تبعه حتى تقبضه قال أبو عمر وحديث حكيم بن حزام رواه يحيى بن أبى كثير عن يوسف بن ماهك ان عبد الله بن عصمة حدثه ان حكيم بن حزام قال ويوسف بن ماهك وعبدالله بن عصمة لاأعرف لهما جرحة الا أنه لم يرو عنهما الا رجل واحد فقط وذلك فى الحقيقة ليس بجرحة وان كرهه جماعة من المحدثين ومن طريق المعنى ان بيع مالم يقبض يتطرق منه الى الربا وانما استثنى أبو حنيفة مايحول وينقل عنده مما لاينقل لان ماينقل القبض عنده فيه هى التخلية . وأما من اعتبر الكيل والوزن فلاتفاقهم ان المكيل والموزون لايخرج من ضمان البائع الى ضمان المشترى الا بالكيل أو الوزن وقد نهى عن بيع مالم يضمن .

✡(الفصل الثانى)✡

وأما مايعتبر ذلك فيه مما لايعتبر فان العقود تنقسم أولا الى قسمين . قسم يكون بمعاوضة . وقسم يكون بغير معاوضة كالهبات والصدقات والذى يكون بمعاوضة ينقسم ثلاثة اقسام . أحدها يختص بقصد المغابنة والمكايسة وهى البيوع والاجارات والمهور والصلح والمال المضمون بالتعدى وغيره . والقسم الثانى لايختص بقصد المغابنة وانما يكون على جهة الرفق وهو القرض ، والقسم الثالث فهو مايصح أن يقع على الوجهين جميعا أعنى على قصد المغابنة وعلى قصد الرفق كالشركة والاقالة والتولية وتحصيل أقوال العلماء فى هذه الاقسام . أما ما كان بيعا وبعوض فلا خلاف فى اشتراط القبض فيه وذلك فى الشىء الذى يشترط فيه القبض واحد واحد من العلماء وأما ما كان خالصا للرفق أعنى القرض فلا خلاف أيضا ان القبض ليس شرطا فى بيعه أعنى انه يجوز للرجل أن يبيع القرض قبل أن يقبضه واستثنى ابو حنيفة مما يكون بعوض المهر والخلع فقال يجوز بيعهما قبل القبض . وأما العقود التى تتردد بين قصد الرفق والمغابنة وهى التولية والشركة والاقالة فاذا وقعت على وجه الرفق من غير أن تكون الاقالة أو التولية بزيادة أو نقصان

فلا خلاف أعلمه في المذهب ان ذلك جائز قبل القبض وبعده ، وقال أبو حنيفة والشافعى لاتجوز الشركة ولا التولية قبل القبض وتجوز الاقالة عندهما لانها قبل القبض فسخ بيع لا بيع فعمدة من اشترط القبض في جميع المعاوضات انها في معنى البيع المنهى عنه وانما استثنى مالك من ذلك التولية والاقالة والشركة للاثر والمعنى . أما الاثر فما رواه من مرسل سعيد بن المسيب أن رسول الله صلى الله عليه وسلم : قال من ابتاع طعاما فلا يبعه حتى يستوفيه الاماكان من شركة أو تولية أو اقالة . واما من طريق المعنى فان هذه انما يراد بها الرفق لا المغابنة اذا لم تدخلها زيادة ولا نقصان وانما استثنى من ذلك أبو حنيفة الصداق والخلع والجعل لان العوض في ذلك ليس بينا اذلم يكن عينا .

☆(الفصل الثالث)☆

وأما اشتراط القبض فيمابيع من الطعام جزافا فان مالكا رخص فيه وأجازه وبه قال الاوزاعى ولم يجز ذلك أبو حنيفة والشافعى وحجتهما عموم الحديث المتضمن للنهى عن بيع الطعام قبل قبضه لان الذريعة موجودة في الجزاف وغير الجزاف ومن الحجة لهما ماروى عن ابن عمر أنه قال كنا في زمن رسول الله صلى الله عليه وسلم نبتاع الطعام جزافا فبعث الينا من يأمرنا بانتقاله من المكان الذى ابتعناه فيه الى مكان سواه قبل أن نبيعه قال ابن عمر وان كان مالك لم يرو عن نافع في هذا الحديث ذكر الجزاف فقد رونه جماعة وجوده عبيد الله بن عمر وغيره وهو مقدم في حفظ حديث نافع وعمدة المالكية أن الجزاف ليس فيه حق توفية فهو عندهم من ضمان المشترى بنفس العقد وهذا من باب تخصيص العموم بالقياس المظنون العلة وقد يدخل في هذا الباب اجماع العلماء على منع بيع الرجل شيئا لايملكه وهو المسمى عينة عند من يرى نقله من باب الذريعة الى الربا وأما من رأى منعه من جهة انه قد لايمكنه نقله فهو داخل في بيوع الغرر وصورة التذرع منه الى الربا المنهى عنه أنه يقول رجل لرجل أعطنى عشرة دنانير على أن أدفع لك الى مدة كذا ضعفها فيقول له هذا لايصلح ولكن أبيع منك سلعة كذا السلعة يسميها ليست عنده بهذا العدد ثم يعمد هو فيشترى تلك السلعة فيقبضها له بعد ان كمل البيع بينهما وتلك السلعة قيمتها قريبا مما كان سأله أن يعطيه من الدراهم قرضا فيرد عليه ضعفها وفي المذهب في هذا تفصيل ليس هذا موضع ذكره ولاخلاف في هذه الصورة التى ذكرنا انها غير جائزة في المذهب أعنى اذا تقارا على الثمن الذى يأخذ به السلعة قبل شرائها وأما الدين بالدين فاجمع المسلمون على منعه واختلفوا في مسائل هل هي منه أم ليست منه مثل ماكان ابن القاسم لايجيز أن يأخذ الرجل من غريمه في دين له عليه تمراً قد

بعد اصلاحه ولا سكنى دار ولا جارية تتواضع ويراه من باب الدين بالدين وكان أشهب يجيز ذلك ويقول ليس هذا من باب الدين بالدين وانما الدين بالدين مالم يشرع في أخذ شيء منه وهو القياس عند كثير من المالكيين وهو قول الشافعي وأبي حنيفة ومما أجازه مالك من هذا الباب وخالفه فيه جمهور العلماء ماقاله في المدونة من ان الناس كانوا يبيعون اللحم بسعر معلوم والثمن الى العطاء فيأخذ المبتاع كل يوم وزنا معلوما قال ولم ير الناس بذلك بأساً وكذلك كل مايبتاع في الاسواق وروى ابن القاسم ان ذلك لايجوز الا فيما تخشى عليه الفساد من الفواكه اذا أخذ جميعه وأما القمح وشبهه فلا فهذه هي أصول هـذا الباب كله انما حرم في الشرع لمكان الغبن الذي يكون طوعا وعن علم .

﴿ الباب الثالث ﴾

وهي البيوع المنهي عنها من قبل الغبن الذي سببه الغرر والغرر يوجد في المبيعات من جهة الجهل على أوجه اما من جهة الجهل بتعيين المعقود عليه أو تعيين العقد أو من جهة الجهل بوصف الثمن والمثمون المبيع أو بقدره أو بأجله ان كان هنالك أجل وأما من جهة الجهل بوجوده أو تعذر القدرة عليه وهذا راجع الى تعذر التسليم وإما من جهة الجهل بسلامته أعني بقاءه وههنا بيوع تجمع أكثر هذه أو بعضها ومن البيوع التي توجد فيها هذه الضروب من الغرر بيوع منطوق بها وبيوع مسكوت عنها والمنطوق به أكثره متفق عليه وانما يختلف في شرح أسمائها والمسكوت عنه مختلف فيه ونحن نذكر أولا المنطوق به في الشرع وما يتعلق به من الفقه ثم نذكر بعد ذلك من المسكوت عنه ما شهر الخلاف فيه بين فقهاء الامصار ليكون كالقانون في نفس الفقه أعني في رد الفروع الى الاصول . فاما المنطوق به في الشرع . فمنه نهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع حبل الحبلة . ومنها نهيه عن بيع ما لم يخلق ومن بيع الثمار حتى تزهي وعن بيع الملامسة والمنابذة وعن بيع الحصاة . ومنها نهيه عن المعاومة وعن بيعتين في بيعة وعن بيع وشرط وعن بيع وسلف وعن بيع السنبل حتى يبيض والعنب حتى يسود ونهيه عن المضامين والملاقيح . أما بيع الملامسة فكانت صورته في الجاهلية أن يلمس الرجل الثوب ولا ينشره أو يبتاعه ليلا ولا يعلم مافيه وهذا مجمع على تحريمه * وسبب تحريمه الجهل بالصفة. وأما بيع المنابذة فكان أن ينبذ كل واحد من المتبايعين الى صاحبه الثوب من غير ان يعين ان هـذا بهذا بل كانوا يجعلون ذلك راجعا الى الاتفاق . وأما بيع الحصاة فكانت صورته عندهم ان يقول المشتري أي ثوب وقعت عليه الحصاة التي أرمي بها

فهولى وقيل أيضا انهم كانوا يقولون اذا وقعت الحصاة من يدى فقد وجب البيع وهذا قمار . وأما بيع حبل الحبلة ففيه تأويلان . أحدهما انها كانت بيوعا يؤ جلونها الى ان تنتج الناقة مافي بطنها ثم ينتج مافي بطنها والغرر من جهة الاجل فى هذا بين وقيل انما هو بيع جنين جنين الناقة وهذا من باب النهى عن بيع المضامين والملاقيح والمضامين هي مافي بطون الحوامل والملاقيح مافي ظهور الفحول فهـذه كلها بيوع جهلية متفق على تحريمها وهي محرمة من تلك الاوجه التى ذكرناها وأما بيع الثمار فانه ثبت عنه عليه الصلاة والسلام انه نهى عن بيعها حتى يبدو صلاحها وحتى تزهي ويتعلق بذلك مسائل مشهورة نذكر نحن منها عيونها وذلك أن بيع الثمار لايخلو أن تكون قبل أن تخلق أو بعد أن تخلق ثم اذا خلقت لا يخلو أن تكون بعد الصرام أو قبله ثم اذا كان قبل الصرام فلا يخلو أن يكون قبل ان تزهى أو بعد ان تزهي وكل واحد من هذين لايخلو أن يكون بيعا مطلقا أو بشرط التبقية أو بشرط القطع. أما القسم الاول وهو بيع الثمار قبل أن تخلق فجميع العلماء مطبقون على منع ذلك لانه من باب النهى عن بيع ما لم يخلق ومن باب بيع السنين والمعاومة وقد روى عنه عليه الصلاة والسلام أنه نهى عن بيع السنين وعن بيع المعاومة وهي بيع الشجر اعواما الا ما روى عن عمر بن الخطاب وابن الزبير أنهما كانا يجيزان بيع الثمار سنين . وأما بيعها بعد الصرام فلا خلاف في جوازه وأما بيعها بعد ان خلقت فأكثر العلماء على جواز ذلك على التفصيل الذى نذكره الا ما روى عن أبى سلمة بن عبد الرحمن وعن عكرمة انه لا يجوز الا بعد الصرام فاذا قلنا بقول الجمهور انه يجوز قبل الصرام فلا يخلو أن تكون بعد أن تزهي أو قبل أن تزهي وقد قلنا ان ذلك لا يخلو أن يكون بيعا مطلقا أو بيعا بشرط القطع أو بشرط التبقية فاما بيعها قبل الزهو بشرط القطع فلا خلاف في جوازه الا ما روى عن الثورى وابن أبى ليلى من منع ذلك وهي رواية ضعيفة . وأما بيعها قبل الزهو بشرط التبقية فلا خلاف في أنه لا يجوز الا ما ذكره اللخمى من جوازه تخريجا على المذهب . وأما بيعها قبل الزهو مطلقا فاختلف في ذلك فقهاء الامصار فجمهورهم على أنه لايجوز مالك والشافعي وأحمد واسحق والليث والثورى وغيرهم وقال أبو حنيفة يجوز ذلك الا انه يلزم المشترى عنده فيه القطع لا من جهة ماهو بيع مالم يزه بل من جهة أن ذلك شرط عنده في بيع الثمر على ماسيأتى بعد أما دليل الجمهور على منع بيعها مطلقا قبل الزهو فالحديث الثابت عن ابن عمر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها نهى البائع والمشترى فعلم ان مابعد الغاية بخلاف

ماقبل الغاية وان هذا النهى يتناول البيع المطلق بشرط التبقية ولماظهر للجمهور أن المعنى في هذا خوف مايصيب الثمار من الجائحة غالبا قبل أن تزهى لقوله عليه الصلاة والسلام في حديث أنس بن مالك بعد نهيه عن بيع الثمرة قبل الزهو : أرأيت ان منع الله الثمرة فبم يأخذ أحدكم مال أخيه لم يحمل العلماء النهى في هذا على الاطلاق أعنى النهى عن البيع قبل الازهاء بل رأت أن معنى النهى هو بيعه بشرط التبقية الى الازهاء فأجازوا بيعها قبل الازهاء بشرط القطع . واختلفوا اذا ورد البيع مطلقا في هذه الحال هل يحمل على القطع وهو الجائز أو على التبقية الممنوعة فمن حمل الاطلاق على التبقية أو رأى أن النهى يتناوله بعمومه قال لايجوز ومن حمله على القطع قال يجوز والمشهور عن مالك ان الاطلاق محمول على التبقية وقد قيل عنه انه محمول على القطع . وأما الكوفيون فحجتهم في بيع الثمار مطلقا قبل أن تزهى حديث ابن عمر الثابت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : من باع نخلا قد أبرت فثمرتها للبائع الا أن يشترطها المبتاع قالوا فلما جاز أن يشترطه المبتاع جاز بيعه مفردا وحملوا الحديث الوارد بالنهى عن بيع الثمار قبل أن تزهى على الندب واحتجوا لذلك بما روى عن زيد بن ثابت قال كان الناس في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم يتبايعون الثمار قبل أن يبد وصلاحها فاذا جذ الناس وحضر تقاضيهم قال المبتاع أصاب الثمر الزمان أصابه من أصابه قشام ومراض لعاهات يذكرونها فلما كثرت خصومتهم عند النبى قال كالمشهورة يشير بها عليهم لاتبيعوا الثمر حتى يبدو صلاحها وربما قالوا ان المعنى الذى دل عليه الحديث في قوله حتى يبدو صلاحها هو ظهر الثمرة بدليل قوله عليه الصلاة والسلام أرأيت أن منع الله الثمرة فبم يأخذ أحدكم مال أخيه وقد كان يجب على من قال من الكوفيين بهذا القول ولم يكن يرى رأى أبى حنيفة في ان من ضرورة بيع الثمار القطع أن يجيز بيع الثمر قبل بدو صلاحها على شرط التبقيه فالجمهور يحملون جواز بيع الثمار بالشرط قبل الازهاء على الخصوص أعنى اذا بيع الثمر مع الاصل وأما شراء الثمر مطلقا بعد الزهو فلا خلاف فيه والاطلاق فيه عند جمهور فقهاء الامصار يقتضى التبقية بدليل قوله عليه الصلاة والسلام أرأيت أن مع الله الثمرة الحديث ووجه الدليل منه ان الجوائح انما تطرأ فى الا كثر على الثمار قبل بدو الصلاح وأما بعد بدو الصلاح فلا تظهر الا قليلا ولو لم يجب في المبيع بشرط التبقية لم يكن هنالك جائحة تتوقع وكان هذا الشرط باطلا وأما الحنفية فلا يجوز عندهم بيع الثمر بشرط التبقية والاطلاق عندهم كما قلنا محمول على القطع وهو خلاف مفهوم الحديث وحجتهم أن نفس بيع الشيء يقتضى تسليمه والا لحقه الغرر ولذلك لم يجز أن تباع الاعيان الى أجل والجمهور على أن بيع الثمار مستثنى من بيع الاعيان الى أجل

لكون الثمر ليس يمكن أن ييبس كله دفعة فالكوفيون خالفوا الجمهور في بيع الثمار في موضعين ، أحدهما في جواز بيعها قبل أن تزهي . والثاني في منع تبقيتها بالشرط بعد الازهاء أو بمطلق العقد وخلافهم في الموضع الاول أقوى من خلافهم في الموضع الثاني أعني في شرط القطع ولن ازهي وانما كان خلافهم في الموضع الاول اقرب لانه من باب الجمع بين حديثي ابن عمر المتقدمين ولان ذلك أيضا مروى عن عمر الخطاب بن وابن الزبير وأما بدو الصلاح الذى جوز رسول الله صلى عليه وسلم البيع بعده فهو ان يصفر فيه البسر ويسود فيه العنب ان كان مما يسود وبالجملة ان تظهر في الثمر صفة الطيب هذا هو قول جماعة فقهاء الامصار لما رواه مالك عن حميد عن أنس انه صلى الله عليه وسلم سئل عن قوله حتى يزهي فقال : حتى يحمر وروى عنه عليه الصلاة والسلام انه نهى عن بيع العنب حتى يسود والحب حتى يشتد وكان زيد بن ثابت في رواية مالك عنه لا يبيع ثماره حتى تطلع الثريا وذلك لاثنى عشرة ليلة خلت من ايار وهو مايو وهو قول ابن عمر ايضا سئل عن قول رسول الله صلى الله عليه وسلم انه نهى عن بيع الثمار حتى تنجو من العاهات فقال عبد الله بن عمر ذلك وقت طلوع الثريا وروى عن أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال اذا طلع النجم صباحا رفعت العاهات عن اهل البلد وروى ابن القاسم عن مالك انه لا بأس ان يباع الحائط وان لم يزه اذا أزهى ماحوله من الحيطان اذا كان الزمان قد أمنت فيه العاهة يريد والله اعلم طلوع الثريا لان المشهور عنه انه لا يباع حائط حتى يبدو فيه الزهو وقد قيل انه لا يعتبر مع الازهاء طلوع الثريا فالمحصل في بدو الصلاح للعلماء ثلاثة أقوال ، قول انه الازهاء وهو المشهور ، وقول انه طلوع الثريا وان لم يكن في الحائط في حين البيع ازهاء ، وقول الامر ان جميعاً وعلى المشهور من اعتبار الازهاء يقول مالك اذا كان في الحائط لواحد بعينه أجناس من الثمر مختلفة الطيب لم يبع كل صنف منها الا بظهور الطيب فيه وخالفه في ذلك الليث وأما الانواع المتقاربة الطيب فيجوز عنده بيع بعضها بطيب البعض وبدو الصلاح المعتبر عن مالك في الصنف الواحد من الثمر هو وجود الازهاء في بعضه لا في كله اذا لم يكن ذلك الازهاء مبكرا في بعضه تبكرا يتراخى عنه البعض بل اذا كان متتابعا لان الوقت الذى تنجو الثمرة فيه في الغالب من العاهات هو اذا بدا الطيب في الثمرة ابتداء متناسبا غير منقطع وعند مالك انه اذا بدا الطيب في نخلة بستان جاز بيعه وبيع البساتين المجاورة له اذا كان نخل البساتين من جنس واحد . وقال الشافعي لا يجوز الا بيع نخل البستان الذى يظهر فيه الطيب فقط ومالك اعتبر الوقت الذى تؤمن فيه العاهة اذا كان الوقت واحدا للنوع الواحد والشافعي اعتبر نقصان خلقة الثمر وذلك انه اذا لم يطب كان من بيع مالم يخلق وذلك انه

صفة الطيب فيه وهى مشتراة لم تخلق بعد لكن هذا كما قال لايشترط في كل ثمرة بل في بعض ثمرة جنة واحدة وهذا لم يقل به أحد فهذا هو مشهور ما اختلفوا فيه من بيع الثمار ومن المسموع الذى اختلفوا فيه من هذا الباب ماجاء عنه عليه الصلاة والسلام من النهى عن بيع السنبل حتى يبيض والعنب حتى يسود وذلك أن العلماء أتفقوا على أنه لايجوز بيع الحنطة في سنبلها دون السنبل لانه بيع مالم تعلم صفته ولاكثرته واختلفوا في بيع السنبل نفسه مع الحب فجوز ذلك جمهور العلماء مالك وأبو حنيفة وأهل المدينة وأهل الكوفة وقال الشافعى لايجوز بيع السنبل نفسه وان اشتد لانه من باب الغرر وقياسا على بيعه مخلوطا بتبنه بعد الدرس وحجة الجمهور شيئان الاثر والقياس أما الاثر فا روى عن نافع عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع النخيل حتى يزهي وعن السنبل حتى تبيض وتأمن العاهة نهى البائع والمشترى وهى زيادة على مارواه مالك من هذا الحديث والزيادة اذا كانت من الثقة مقبولة وروى عن الشافعى انه لما وصلته هذه الزيادة رجع عن قوله وذلك أنه لا يصح عنده قياس مع وجود الحديث. وأما بيع السنبل اذا أفرك ولم يشتد فلا يجوز عند مالك الا على القطع. وأما بيع السنبل غير محصود فقيل عن مالك يجوز وقيل لا يجوز الا اذا كان في حزمه واما بيعه في تبنه بعد الدرس فلا يجوز بلا خلاف فيما أحسب هذا اذا كان جزافا فاما ان كان مكيلا فجائز عند مالك ولا أعرف فيه قولا لغيره واختلف الذين أجازوا بيع السنبل اذا طاب على من يكون حصاده ودرسه فقال الكوفيون على البائع حتى يعمله حبا للمشترى وقال غيرهم هو على المشترى. ومن هذا الباب ما ثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيعتين فى بيعة وذلك من حديث ابن عمر وحديث ابن مسعود وأبى هريرة قال أبو عمر وكلها من نقل العدول فاتفق الفقها على القول بموجب هذا الحديث عموما واختلفوا في التفصيل أعنى في الصورة التى ينطلق عليها هذا الاسم من التى لا ينطلق عليها واتفقوا أيضاً على بعضها وذلك يتصور على وجوه ثلاثة، أحدها اما في مثمونين بثمنين أو مثمون واحد بثمنين أو مثمونين بثمن واحد على أن أحد البيعين قد لزم. اما في مثمونين بثمنين فان ذلك يتصور على وجهين أحدهما أن يقول له أبيعك هذه السلعة بثمن كذا على أن تبيعنى هذه الدار بثمن كذا، والثانى ان يقول له أبيعك هذا الغلام بدينار أو هذه الاخرى بدينارين. وأما بيع مثمون واحد بثمنين فان ذلك يتصور أيضا على وجهين، أحدهما ان يكون أحد الثمنين نقداً والآخر نسيئة مثل ان يقول له أبيعك هذا الثوب نقدا بعشرة أو الى أجل بعشرين، والوجه الثانى ان يقول له أبيعك هذا الثوب نقدا بثمن كذا على ان أشتريه منك الى أجل كذا بثمن كذا. واما مثمونان

بثمن واحد فتل ان يقول له أبيعك أحد هذين بثمن كذا فأما الوجه الاول وهو ان يقول له أبيعك هذه الدار بكذا على ان تبيعني هذا الغلام بكذا فنص الشافعي على انه لايجوز لان الثمن في كليهما يكون مجهولا لانه لوأفرد المبيعين لم يتفقا في كل واحد منهما على الثمن الذي اتفقا عليه في المبيعين في عقد واحد وأصل الشافعي في رد بيعتين في بيعة انما هو جهل الثمن أو المثمون . وأما الوجه الثاني وهو ان يقول أبيعك هذه السلعة بدينار أو هذه الاخرى بدينارين على أن البيع قد لزم في أحدهما فلا يجوز عند الجميع وسواء كان النقد واحدا أو مختلفا وخالف عبد العزيز بن أبي سلمة في ذلك فاجازه اذا كان النقد واحدا أو مختلفا وعلة منعه عند الجميع الجهل وعند مالك من باب سد الذرائع لانه ممكن أن يختار في نفسه أحد الثوبين فيكون قد باع ثوبا ودينارا بثوب ودينار وذلك لا يجوز على أصل مالك . وأما الوجه الثالث وهو ان يقول له أبيعك هذا الثوب نقداً بكذا أو نسيئة بكذا فهذا اذا كان البيع فيه واجبا فلا خلاف في أنه لا يجوز وأما اذا لم يكن البيع لازما في احدهما فاجازه مالك ومنعه أبو حنيفة والشافعي لانهما افترقا على ثمن غير معلوم وجعله مالك من باب الخيار لانه اذا كان عنده على الخيار لم يتصور فيه ندم يوجب تحويل أحد الثمنين في الاخر وهذا عند مالك هو المانع فعلة امتناع هذا الوجه الثالث عند الشافعي وأبي حنيفة من جهة جهل الثمن فهو عندهما من بيوع الغرر التي نهى عنها وعلة امتناعه عند مالك سد الذرعية الموجبة للربا لا مكان ان يكون الذي له الخيار قد اختار أولا انفاذ العقد باحد الثمنين المؤجل أو المعجل ثم بداله ولم يظهر ذلك فيكون قد ترك أحد الثمنين للثمن الثاني فكأنه باع أحد الثمنين بالثاني فيدخله ثمن بثمن نسيئة أو نسيئة ومتفاضلا وهذا كله اذا كان الثمن نقدا وان كان الثمن غير نقد بل طعاما دخله وجه آخر وهو بيع الطعام متفاضلا وأما اذا قال اشترى منك هذا الثوب نقدا بكذا على ان تبيعه مني الى اجل فهو عندهم لا يجوز باجماع لانه من باب العينة وهو بيع الرجل ما ليس عنده ويدخله ايضا علة جهل الثمن واما اذا قال له ابيعك احد هذين الثوبين بدينار وقد لزمه احدهما ايهما اختار وافترقا قبل الخيار فان كان الثوبان من صنفين وهما مما يجوز أن يسلم أحدهما في الثاني فانه لا خلاف بين مالك والشافعي في انه لايجوز وقال عبد العزيز بن أبي سلمة انه يجوز وعلة المنع الجهل والغرر . واما ان كانا من صنف واحد فيجوز عند مالك ولا يجوز عند أبي حنيفة والشافعي . وأما مالك فانه أجازه لانه يجيز الخيار بعد عقد البيع في الاصناف المستوية لقلة الغرر عنده في ذلك واما من لايجيزه فيعتبره بالغرر الذي لايجوز

لانهما افترقا على بيع غيرمعلوم وبالجملة فالفقهاء متفقون على ان الغرر الكثير في المبيعات لا يجوزوان القليل يجوز ويختلفون فى أشياء من أنواع الغرر فبعضهم يلحقها بالغرر الكثير وبعضهم يلحقها بالغرر القليل المباح لترددها بين القليـل والكثير فاذا قلنا بالجواز على مذهب مالك فقبض الثوب من المشترى على ان يختار فهلك احدهما أواصابه عيب ممن يصيبه ذلك فقيل تكون المصيبة بينهما وقيل بل يضمنه كله المشترى الاان تقوم البينة على هلاكه وقيل فرق فى ذلك بين الثياب ومايغاب عليه وبين مالايغاب عليه كالعبد يضمن فيما لايغاب عليه ولايضمن فيما لايغاب عليه . وأما هل يلزمه أخذ الباقى قيل يلزم وقيل لايلزم وهذا يذكر في أحكام البيوع وينبغي أن تعلم ان المسائل الداخلة في هذا المعنى هى أما عند فقهاء الامصار فمن باب الغرر . وأما عند مالك فمنها مايكون عنده من باب ذرائع الربا ومنها مايكون من باب الغرر فهذه هي المسائل التى تتعلق بالمنطوق به في هذا الباب . وأما نهيه عن بيع الثنيا وعن بيع وشرط فهو وان كان سببه الغرر فالاشبه ان نذكرها فى المبيعات الفاسدة من قبل الشروط .

(فصل)

وأما المسائل المسكوت عنها في هذا الباب المختلف فيها بين فقهاء الامصار فكثيرة لكن نذكر منها أشهرها لتكون كالقانون للمجتهد النظار .

(مسئلة) المبيعات على نوعين مبيع حاضر مرئى فهذا لاخلاف فى بيعه ومبيع غائب أو متعذر الرؤية فهنا اختلف العلماء فقال قوم بيع الغائب لايجوز بحال من الاحوال لاوصف ولالم يوصف وهذا أشهر قول الشافعى وهو المنصور عند أصحابه أعنى ان بيع الغائب على الصفة لايجوز وقال مالك وأكثر أهل المدينة يجوز بيـع الغائب على الصفة اذا كانت غيبته مما يؤمن أن تتغير فيه قبل القبض صفته وقال أبو حنيفة يجوز بيع العين الغائبة من غير صفة ثم له اذ رآها الخيار فان شاء انفذ البيع وان شاء رده وكذلك المبيع على الصفة من شرطه عندهم خيار الرؤية وان جاء على الصفة وعند مالك انه اذا جاء على الصفة فهو لازم وعند الشافعى لاينعقد البيع أصلا في الموضعين وقد قيل فى المذهب يجوز بيع الغائب من غير صفة على شرط الخيار خيار الرؤية وقع ذلك فى المدونة وأنكره عبد الوهاب وقال هو مخالف لاصولنا * وسبب الخلاف هل نقصان العلم المتعلق بالصفة عن العلم المتعلق بالحس هو جهل مؤثر فى بيع الشىء فيكون من الغرر الكثير أم ليس بمؤثر وانه من الغرر اليسير المعفو عنه فالشافعى رآه من الغرر الكثير ومالك رآه من الغرر اليسير وأما أبو حنيفة فانه

رأى انه اذا كان له خيـار الرؤية انه لاغرر هناك وان لم تكن له رؤية . وأما مالك فرأى ان الجهل المقترن بعدم الصـفة مؤثر في انعقاد البيع ولا خـلاف عند مالك ان الصـفة أنما تنوب عن المعاينة لمـكان غيبة المبيع أو لمكان المشقة التى فى نشره وما يخاف أن يلحقه من الفساد بتكرار النشر عليه ولهـذا أجاز البيع على البرنامج على الصفة ولم يجز عنده بيع السلاح فى جرابه ولا الثوب المطوى فى طيه حتى ينشر أوينظر الى مافى جرابها واحتج أبو حنيفة بما روى عن ابن المسيب أنه قال قال أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم وددنا أن عثمان بن عفان وعبدالرحمن بن عوف تبايعا حتى نعلم أيهما أعظم جداً في التجارة فاشترى عبد الرحمن من عثمان بن عفان فرسا بارض له أخرى باربعين ألفا أو أربعة آلاف فذكر تمام الخبر وفيه بيع الغائب مطلقا ولابد عند أبى حنيفة من اشتراط الجنس ويدخل البيع على الصفة أوعلى خيار الرؤية من جهة ماهو غائب غرر وهو هل موجود وقت العقد أو معدوم ولذلك اشترطوا فيه أن يكون قريب الغيبة الا أن يكون مأمونا كالعقار ومن ههنا أجاز مالك بيع الشيء برؤية متقدمة أعنى اذا كان من القرب بحيث يؤمن ان تتغير فيه فاعلمه .

(مسئلة) وأجمعوا على أنه لايجوز بيع الاعيان الى أجل وان من شرطها تسليم المبيع الى المبتاع باثر عقد الصفقة الا ان مالكا وربيعة وطائفة من أهل المدينة أجازوا بيع الجارية الرفيعة على شرط المواضعة ولم يجيزوا فيها النقد كالم يجزه مالك فى بيع الغائب وأنما منع ذلك الجمهور لما يدخله من الدين بالدين ومن عدم التسليم وبشبه أن يكون بيع الدين بالدين من هذا الباب أعنى لما يتعلق بالغرر من عـدم التسليم من الطرفين لامن باب الربا وقد تكلمنا في علة الدين بالدين ومن هـذا الباب ماكان يرى ابن القاسم انه لايجوز أن يأخذ الرجل من غريمه في دين له عليه ثمرا قد بدا صلاحه ويراه من باب الدين بالدين وكان أشهب يجيز ذلك ويقول أنما الدين بالدين مالم يشرع في قبض شيء منه أعنى انه كان يرى أن قبض الاوائل من الأثمان يقوم مقام قبض الاواخر وهو القياس عند كثير من المالكين وهو قول الشافعي وأبى حنيفة .

(مسئلة) أجمع فقهاء الامصار على بيع الثمر الذى يثمر بطنا واحداً يطيب بعضه وان لم تطب معاجملته واختلفوا فيما يثمر بطونا مختلفة وتحصيل مذهب مالك في ذلك أن البطون المختلفة لاتخلو أن تتصل أولاتتصل فان لم تتصل لم يكن بيع مالم يخلق منها داخلا فيما خلق كشجر التين يوجد فيه الباكور والعصير ثم ان اتصلت فلايخلو أن تتميز البطون اولاتتميز فمثال المتميز جزاء القصيل الذى يجز مدة بعد مدة ومثال غير المتميز المباطخ والمقاثى والباذنجان والقرع ففى الذى يتميز عنه وينفصل روايتان احداهما الجواز والأخرى المنع وفي الذى

يتصل ولا يتميز قول لمواحد وهو الجواز وخالفه الكوفيون وأحمد واسحاق والشافعى فى هذ كله فقالوا لايجوز بيع بطن منها بشرط بطن آخر وحجة مالك فيما لا يتميز أنه لايمكن حبس أوله على آخره فجاز أن يباع مالم يخلق منها مع ماخلق وبداصلاحه أصله جواز بيع مالم يطب من الثمر مع ماطاب لان الغرر في الصفة شبهه بالغرر في عين الشيء وكانه رأى أن الرخصة ههنا يجب ان تقاس على الرخصة في بيع الثمار أعنى ماطاب مع مالم يطب لموضع الضرورة والاصل عنده أن من الغرر مايجوز لموضع الضرورة ولذلك منع على احدى الروايتين عنده بيع القصيل بطنا أكثر من واحد لانه لا ضرورة هناك اذا كان متميزاً . وأما وجه الجواز في القصيل فتشبيهاً له بما لايتميز وهو ضعيف . وأما الجمهور فان هذا كله عندهم من بيع مالم يخلق ومن باب النهى عن بيع الثمار معاومة والفت والجزر والكرنب جائز عند مالك بيعه اذا بدا صلاحه وهو استحقاقه للاكل ولم يجزه الشافعي الا مقلوعا لانه من باب بيع المغيب . ومن هذا الباب بيع الجوز واللوز والباقلا في قشره أجازه مالك ومنعه الشافعي * والسبب في اختلافهم هل هو من الغرر المؤثر في البيوع أم ليس من المؤثر وذلك انهم اتفقوا أن الغرر ينقسم بهذين القسمين وان غير المؤثر هو اليسير أو الذى تدعو اليه الضرورة أو ماجمع الامرين ومن هذا الباب بيع السمك في الغدير أو البركة اختلفوا فيه أيضاً فقال أبو حنيفة يجوز ومنعه مالك والشافعى فيما أحسب وهو الذى تقتضى أصوله ومن ذلك بيع الآبق أجازه قوم باطلاق ومنعه قوم باطلاق ومنهم الشافعي وقال مالك اذا كان معلوم الصفة معلوم الموضع عند البائع والمشترى جاز وأظنه اشترط أن يكون معلوم الاباق ويتواضعان الثمن أعنى انه لايقبضه البائع حتى يقبضه المشترى لانه يتردد عند العقد بين بيع وسلف وهذا أصل من أصوله يمنع به النقد في بيع المواضعة وفي بيع الغائب غير المأمون وفيما كان من هذا الجنس وممن قال بجواز بيع الآبق والبعير الشارد عثمان البتي والحجة للشافعي حديث شهر بن حوشب عن أبى سعيد الخدرى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم: نهى عن شراء العبد الآبق وعن شراء مافي بطون الانعام حتى تضع وعن شراء مافي ضروعها وعن شراء الغنائم حتى تقسم وأجاز مالك بيع لبن الغنم أياما معدودة اذا كان ما يحلب منها معروفا في العادة ولم يجز ذلك في الشاة الواحدة وقال سائر الفقهاء لا يجوز ذلك الا بكيل معلوم بعد الحلب ومن الباب هذا منع مالك بيع اللحم في جلده ومن هذا الباب بيع المريض أجازه مالك الا أن يكون ميئوسا منه ومنعه الشافعى وأبو حنيفة وهي رواية أخرى عنه ومن هذا الباب بيع تراب المعدن والصواغين فاجاز مالك بيع تراب المعدن بنقد يخالفه أو بعرض ولم يجز بيع تراب الصاغة

ومنع الشافعى البيع في الامرين جميعا وأجازه قوم فى الامرين جميعاً وبه قال الحسن البصرى فهذه هى البيوع التى يختلف فيها أكثر ذلك من قبل الجهل بالكيفة وأما اعتبار الكمية فانهم اتفقوا على انه لا يجوز أن يباع شيء من المكيل أو الموزون أو المعدود أو الممسوح الا ان يكون معلوم القدر عند البائع والمشترى واتفقوا على ان العلم الذى يكون بهذه الاشياء من قبل الكيل المعلوم أوالصنوج المعلومة مؤثر في صحة البيع في كل ما كان معلوم الكيل والوزن عند البائع والمشترى من جميع الاشياء المكيلة والموزونة والمعدودة والممسوحة وان العلم بمقادير هذه الاشياء التى تكون من قبل الحزر والتخمين وهو الذى يسمونه الجزاف يجوز في أشياء ويمنع فى أشياء وأصل مذهب مالك في ذلك انه يجوز في كل ما المقصود منه الكثرة لا آحاده وهو عنده على أصناف منها ما أصله الكيل ويجوز جزافا وهى المكيلات والموزونات ومنها ما أصله الجزاف ويكون مكيلا وهى الممسوحات كالارضين والثياب ومنها مالا يجوز فيها التقدير أصلا بالكيل والوزن بل انما يجوز فيها العدد فقط ولا يجوز بيعها جزافا وهى كما قلنا التى المقصود منها آحاد اعيانها وعند مالك ان التبر اوالفضة الغير مسكوكين يجوز بيعهما جزافا ولا يجوز ذلك في الدراهم والدنانير وقال أبو حنيفة والشافعى يجوز ويكره ويجوز عند مالك أن تباع الصبرة المجهولة على الكيل أى كل كيل منها بكذا فما كان فيها من الاكيال وقع من تلك القيمة بعد كيلها والعلم بمبلغها وقال أبو حنيفة لايلزم الا في كيل واحد وهو الذى سمياه ويجوز هذ البيع عند مالك في العبيد والثياب وفي الطعام ومنعه أبو حنيفة في الثياب والعبيد ومنع ذلك غيره في الكل فيما أحسب للجهل بمبلغ الثمن . ويجوز عند مالك أن يصدق المشترى البائع في كيلها اذا لم يكن البيع نسيئة لانه يتهمه أن يكون صدقه لينظره بالثمن وعند غيره لايجوز ذلك حتى يكتالها المشترى لنهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع الطعام حتى يجرى فيه الصاعان ، وأجازه قوم على الاطلاق وممن منعه أبو حنيفة والشافعى وأحمد وممن اجازه باطلاق عطاء بن أبى رباح وابن أبى مليكة ولايجوز عند مالك ان يعلم البائع الكيل ويبيع المكيل جزافا ممن يجهل الكيل ولا يجوز عند الشافعى وأبى حنيفة والمزابنة المنهى عنها هي عند مالك من هذا الباب وهي بيع مجهول الكمية بمجهول الكمية وذلك أما في الربويات فلموضع التفاضل وأما في غير الربويات فلعدم تحقق القدر .

(الباب الرابع في بيوع الشروط والثنيا)

وهذه البيوع الفساد الذي يكون فيها هو راجع الى الفساد الذي يكون من قبل الغرر ولكن لما تضمنها النص وجب ان تجعل قسما من أقسام البيوع الفاسدة على حدة والاصل فى اختلاف الناس فى هذا الباب ثلاثة أحاديث ، أحدها حديث جابر قال ابتاع منى رسول الله صلى الله عليه وسلم بعيرا وشرط ظهره الى المدينة وهذا الحديث في الصحيح ، والحديث الثاني حديث بريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : كل شرط ليس فى كتاب الله فهو باطل ولو كان مائة شرط والحديث متفق على صحته . والثالث حديث جابر قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المحاقلة والمزابنة والمخابرة والمعاومة والثنيا ورخص في العرايا وهو أيضا في الصحيح خرجه مسلم ومن هذا الباب ما روى عن أبي حنيفة أنه روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم : نهى عن بيع وشرط فاختلف العلماء لتعارض هذه الاحاديث في بيع وشرط فقال قوم البيع فاسد والشرط فاسد وممن قال بهذا القول الشافعي وأبو حنيفة وقال قوم البيع جائز والشرط جائز وممن قال بهذا القول ابن أبي شبرمة وقال قوم البيع جائز والشرط باطل وممن قال بهذا القول ابن أبي ليلى وقال أحمد البيع جائز مع شرط واحد وأما مع شرطين فلا فمن أبطل البيع والشرط أخذ بعموم نهيه عن بيع وشرط ولعموم نهيه عن الثنيا ومن أجازهما جميعا أخذ بحديث جابر الذي ذكر فيه البيع والشرط ومن أجاز البيع وأبطل الشرط أخذ بعموم حديث بريرة ومن لم يجز الشرطين وأجاز الواحد احتج بحديث عمرو بن العاص خرجه أبو داود قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : لا يحل سلف وبيع ولا يجوز شرطان في بيع ولا ربح ما لم يضمن ولا بيع ما ليس هو عندك . وأما مالك فالشروط عنده تنقسم ثلاثة أقسام . شروط تبطل هي والبيع معا ، وشروط تجوزهي والبيع معا ، وشروط تبطل ويثبت البيع وقد يظن ان عنده قسما رابعا وهو أن من الشروط ما أن تمسك المشترط بشرطه بطل البيع وان تركه جاز البيع واعطاء فروق بينة في مذهبه بين هذه الاصناف الاربعة عسير وقد رام ذلك كثير من الفقهاء وانما هى راجعة الى كثرة ما يتضمن الشروط من صنفى الفساد الذى يخل بصحة البيوع وهما الربا والغرر والى قلته والى التوسط بين ذلك أى ما يفيد نقصا في الملك فما كان دخول هذه الاشياء فيه كثيرا من قبل الشرط أبطله وأبطل الشرط وما كان قليلا أجازه وأجاز الشرط فيها وما كان متوسطا أبطل الشرط وأجاز البيع ويرى أصحابه ان مذهبه هو أولى المذاهب اذ بمذهبه تجتمع الاحاديث كلها والجمع عندهم أحسن من

الترجيح وللمتأخرين من أصحاب مالك في ذلك تفصيلات متقاربة وأحد من له ذلك جدى والمازرى والباجى وتفصيله في ذلك ان قال ان الشرط في المبيع يقع على ضربين أولين، أحدهما أن يشترطه بعد انقضاء الملك مثل من يبيع الامة أو العبد ويشترط أنه متى عتق كان له ولاؤه دون المشترى فمثل هذا قالوا يصح فيه العقد ويبطل الشرط لحديث بريرة، والقسم الثانى ان يشترط عليه شرطا يقع في مدة الملك وهذا قالوا ينقسم الى ثلاثة أقسام. إما أن يشترط في المبيع منفعة لنفسه. وإما أن يشترط على المشترى منعا من تصرف عام او خاص. وإما أن يشترط إيقاع معنى في المبيع وهذا أيضا ينقسم الى قسمين، احدهما أن يكون معنى من معانى البر، والثانى أن يكون معنى ليس فيه من البر شىء. فاما اذا اشترط لنفسه منفعة يسيرة لا تعود بمنع التصرف في اصل المبيع مثل ان يبيع الدار ويشترط سكناها مدة يسيرة مثل الشهر وقيل السنة فذلك جائز على حديث جابر. واما ان يشترط منعا من تصرف خاص او عام فذلك لا يجوز لانه من الثنيا مثل ان يبيع الامة على ان لا يطأها أو لا يبيعها. وأما أن يشترط معنى من معانى البر مثل العتق فان كان اشتراط تعجيله جاز عنده وان تأخر لم يجز لعظم الغرر فيه وبقول مالك في إجازة البيع بشرط العتق المعجل قال الشافعى على ان من قوله منع بيع وشرط وحديث جابر عنده مضطرب اللفظ لان في بعض رواياته أنه باعه واشترط ظهره الى المدينة وفي بعضها أنه أعاره ظهره الى المدينة ومالك رأى هذا من باب الغرر اليسير فاجازه في المدة القليلة ولم يجزه فى الكثيرة، وأما أبو حنيفة فعلى أصله في منع ذلك. وأما ان اشترط معنى في المبيع ليس ببر مثل أن لا يبيعها فذلك لا يجوز عند مالك وقيل عنه البيع مفسوخ وقيل بل يبطل الشرط فقط. وأما من قال له البائع متى جئتك بالثمن رددت على المبيع فانه لا يجوز عند مالك لانه يكون مترددا بين البيع والسلف ان جاء بالثمن كان سلفا وان لم يجئ كان بيعا واختلف في المذهب هل يجوز ذلك في الاقالة أم لا فمن رأى أن الاقالة بيع فسخها عنده ما يفسخ سائر البيوع ومن رأى انها فسخ فرق بينها وبين البيوع واختلف أيضا فيمن باع شيئا بشرط ان لا يبيعه حتى ينتصف من الثمن فقيل عن مالك يجوز ذلك لان حكمه حكم الرهن ولا فرق فى ذلك بين أن يكون الرهن هو المبيع أو غيره وقيل عن ابن القاسم لا يجوز ذلك لانه شرط يمنع المبتاع التصرف في المبيع المدة البعيدة التى لا يجوز للبائع اشتراط المنفعة فيها فوجب ان يمنع صحة البيع ولذلك قال ابن المواز أنه جائز في الامد القصير ومن المسموع في هذا الباب نهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع وسلف اتفق الفقهاء على أنه من البيوع الفاسدة واختلفوا اذا ترك الشرط قبل القبض

فمنعه ابو حنيفة والشافعي وسائر العلماء واجازه مالك واصحابه الا محمد بن عبد الحكم وقد روى عن مالك مثل قول الجمهور وحجة الجمهور ان النهي يتضمن فساد المنهي عنه مع ان الثمن يكون في المبيع مجهولا لاقتران السلف به وقد روى ان محمد بن احمد بن سهل البرمكي سأل عن هذه المسألة اسماعيل بن اسحق المالكي فقال له ما الفرق بين السلف والبيع وبين رجل باع غلاما بمائة دينار وزق خمر فلما عقد البيع قال انا ادع الزق قال وهذا البيع مفسوخ عند العلماء باجماع فاجاب اسماعيل عن هذا بجواب لا تقوم به حجة وهو ان قال له الفرق بينهما ان مشترط السلف هو مخير في تركه أو عدم تركه وليس كذلك مسئلة زق الخمر وهذا الجواب هو نفس الشيء الذي طولب فيه بالفرق وذلك انه يقال له لم كان هنا مخيراً ولم يكن هنا له مخيراً في ان يترك الزق ويصح البيع والاشبه ان يقال ان التحريم ههنا لم يكن لشيء محرم بعينه وهو السلف لان السلف مباح وانما وقع التحريم من أجل الاقتران أعني اقتران البيع به وكذلك البيع في نفسه جائز وانما امتنع من قبل اقتران الشرط به وهنالك انما امتنع البيع من اجل اقتران شيء محرم لعينه به لا انه شيء محرم من قبل الشرط ونكتة المسئلة هل اذا لحق الفساد بالبيع من قبل الشرط يرتفع الفساد اذا ارتفع الشرط أم لا يرتفع كما لا يرتفع الفساد اللاحق للبيع الحلال من أجل اقتران المحرم العين به وهذا أيضا ينبني على أصل آخر هو هل هذا الفساد حكمي او معقول فان قلنا حكمي لم يرتفع بارتفاع الشرط وان قلنا معقول ارتفع بارتفاع الشرط فمالك رآه معقولا والجمهور رأوه غير معقول والفساد الذي يوجد في بيوع الربا والغرر هو أكثر ذلك حكمي ولذلك ليس ينعقد عندهم أصلا وان ترك الربا بعد البيع أو ارتفع الغرر واختلفوا في حكمه اذا وقع على ما سيأتي في أحكام البيوع الفاسدة ومن هذا الباب بيع العربان فجمهور علماء الامصار على انه غير جائز وحكي عن قوم من التابعين أنهم أجازوه منهم مجاهد وابن سيرين ونافع بن الحرث وزيد ابن أسلم وصورته ان يشترى الرجل شيئا فيدفع الى المتباع من ثمن ذلك المبيع شيئا على انه ان نفذ البيع بينهما كان ذلك المدفوع من ثمن السلعة وان لم ينفذ ترك المشترى ذلك الجزء من الثمن عند البائع ولم يطالبه به وانما صار الجمهور الى منعه لانه من باب الغرر والمخاطرة وأكل المال بغير عوض وكان زيد يقول أجازه رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال أهل الحديث ذلك غير معروف عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وفي الاستثناء مسائل مشهورة من هذا الباب اختلف الفقهاء فيها أعني هل تدخل تحت النهي عن الثنيا أم ليس تدخل فمن ذلك ان يبيع الرجل حاملا ويستثني ما في بطنها فجمهور فقهاء الامصار مالك وأبو حنيفة والشافعي والثوري على انه لا يجوز وقال أحمد وأبو ثور وداود ذلك جائز وهو مروي عن ابن عمر * وسبب الخلاف هل المستثنى مبيع مع ما استثني منه أم ليس

بمبيع وانما هو باق على ملك البائع فمن قال مبيع قال لايجوز وهو من الثنيا المنهى عنها لما فيها من الجهل بصفته وقلة الثقة بسلامة خروجه ومن قال هو باق على ملك البائع أجاز ذلك . وتحصيل مذهب مالك فيمن باع حيوانا واستثنى بعضه ان ذلك البعض لا يخلو ان يكون شائعا أو معينا أو مقدرا فان كان شائعا فلا خلاف في جوازه مثل ان يبيع عبداً الاربعه؛ وأما ان كان معينا فلا يخلو ان يكون مغيبا مثل الجنين أو يكون غير مغيب فان كان مغيبا فلا يجوز وان كان غير مغيب كالرأس واليد والرجل فلا يخلو الحيوان ان يكون مما يستباح ذبحه أولا يكون فان كان مما لا يستباح ذبحه فانه لايجوز لانه لايجوز ان يبيع أحد غلاما ويستثنى رجله لان حقه غير متميز ولا متبعض وذلك مما لاخلاف فيه وان كان الحيوان مما يستباح ذبحه فان باعه واستثنى منه عضواً له قيمة بشرط الذبح ففي المذهب فيه قولان ، أحدهما انه لايجوز وهو المشهور ، والثاني يجوز وهو قول ابن حبيب جواز بيع الشاة مع استثناء القوائم والرأس . وأما اذا لم يكن للمستثنى قيمة فلا خلاف في جوازه في المذهب ووجه قول مالك انه ان كان استثناؤه بجلده فما تحت الجلد مغيب وان كان لم يستثنه بجلده فانه لايدرى بأى صفة يخرج له بعد كشط الجلد عنه ووجه قول ابن حبيب انه استثنى عضواً معينا معلوما فلم يضره ماعليه من الجلد أصله شراء الحب في سنبله والجوز في قشره واما ان كان المستثنى من الحيوان بشرط الذبح إما عرفا . واما ملفوظا به جزءاً مقدراً مثل أرطال من جزور فعن مالك في ذلك روايتان ، احداهما المنع وهى رواية ابن وهب ، والثانية الاجازة في الارطال اليسيرة فقط وهى رواية ابن القاسم وأجمعوا من هذا الباب على جواز بيع الرجل ثمر حائطه واستثناء نخلات معينات منه قياسا على جواز شرائها واتفقوا على انه لايجوز ان يستثنى من حائطه عدة نخلات غير معينات الا بتعيين المشترى لها بعد البيع لانه بيع مالم يره المتبايعان واختلفوا في الرجل يبيع الحائط ويستثنى منه عدة نخلات بعد البيع فمنعه الجمهور لمكان اختلاف صفة النخيل وروى عن مالك إجازته ومنع ابن القاسم قوله في النخلات وأجازه في استثناء الغنم وكذا اختلف قول مالك وابن القاسم في شراء نخلات معدودة من حائطه على أن يعينها بعد الشراء المشترى فاجازه مالك ومنعه ابن القاسم وكذلك اختلفوا اذا استثنى البائع مكيلة من حائط قال أبو عمر بن عبد البر فمنع ذلك فقهاء الامصار الذين تدور الفتوى عليهم وألفت الكتب على مذاهبهم لنهيه صلى الله عليه وسلم عن الثنيا فى البيع لانه استثناء مكيل من جزاف وأما مالك وسلفه من أهل المدينة فانهم أجازوا ذلك فيمادون الثلث ومنعوه فيما فوقه وحملوا النهى عن الثنيا على مافوق الثلث وشبهوا بيع ماعدا المستثنى ببيع الصبرة التى لا يعلم مبلغ كيلها فتباع جزافا ويستثنى منها كيل ما وهذا الاصل أيضا مختلف فيه أعنى اذا استثنى منها كيل معلوم واختلف العلماء من هذا الباب في

بيع وأجارة معاً في عقد واحد فأجازه مالك وأصحابه ولم يجزه الكوفيون ولا الشافعى لان الثمن يرون انه يكون حينئذ مجهولا ومالك يقول اذا كانت الاجارة معلومة لم يكن الثمن مجهولا وربما رآه الذين منعوه من باب بيعتين في بيعة وأجمعوا على انه لا يجوز السلف والبيع كما قلنا واختلف قول مالك في اجازة السلف والشركة فمرة أجاز ذلك ومرة منعه وهذه كلها اختلف العلماء فيها لاختلافها بالاقل والاكثر في وجود علل المنع فيها المنصوص عليها فمن قويت عنده علة المنع في مسئلة منها منعها ومن لم تقو عنده اجازها وذلك راجع الى ذوق المجتهد لان هذه المواد يتجاذب القول فيها الى الضدين على السواء عند النظر فيها ولعل في امثال هذه المواد يكون القول بتصويب كل مجتهد صوابا ولهذا ذهب بعض العلماء في أمثال هذه المسائل الى التخيير .

الباب الخامس

في البيوع المنهى عنها من أجل الضرر أو الغبن

والمسموع من هذا الباب ماثبت من نهيه صلى الله عليه وسلم عن أن يبيع الرجل على بيع أخيه وعن أن يسوم أحد على سوم أخيه ونهيه عن تلقى الركبان ونهيه عن أن يبيع حاضر لباد ونهيه عن النجش وقد اختلف العلماء في تفصيل معاني هذه الآثار اختلافا ليس بمتباعد فقال مالك معنى قوله عليه الصلاة والسلام : لايبيع بعضكم على بيع بعض ومعنى نهيه عن أن يسوم احد على سوم أخيه واحد وهي في الحالة التى اذا ركن البائع فيها الى السائم ولم يبق بينهما الا شيء يسير مثل اختيار الذهب أو اشتراط العيوب أوالبراءة منها وبمثل تفسير مالك فسر أبو حنيفة هذا الحديث وقال الثورى معنى لا يبع بعضكم على بيع بعض أن لا يطرأ رجل آخر على المتبايعين فيقول عندى خير من هذه السلعة ولم يحد وقت ركون ولا غيره وقال الشافعى معنى ذلك اذا تم البيع باللسان ولم يفترقا فاتى احد يعرض عليه سلعة له هي خير منها وهذا منه بناء على مذهبه في ان البيع انما يلزم بالافتراق فهو ومالك متفقان على أن النهى انما يتناول حالة قرب لزوم البيع ومختلفان في هذه الحالة ماهي لاختلافهما فيما به يكون اللزوم في البيع على ماسنذكره بعد وفقهاء الامصار على أن هذا البيع يكره وان وقع مضى لانه سوم على بيع لم يتم وقال داود وأصحابه ان وقع فسخ في أى حالة وقع تمسكا بالعموم وروى عن مالك وعن بعض أصحابه فسخه مالم يفت وأنكر ابن الماجشون ذلك في البيع فقال وانما قال بذلك مالك في النكاح وقد تقدم ذلك واختلفوا في دخول الذمى في النهى عن سوم أحد على سوم غيره فقال الجمهور لافرق في ذلك بين الذمى وغيره وقال الاوزاعى

لابأس بالسوم على سوم الذمى لانه ليس بأخي المسلم وقد قال صلى الله عليه وسلم : لايسم أحد على سوم أخيه ومن هنامنع قوم بيع المزايدة وان كان الجمهور على جوازه * وسبب الخلاف بينهم هل يحمل هذا النهى على الكراهة أوعلى الحظر ثم اذا حمل على الحظر فهل يحمل على جميع الاحوال أو في حالة دون حالة

(فصل)

وأما نهيه عن تلقى الركبان للبيع فاختلفوا في مفهوم النهى ماهو فرأى مالك ان المقصود بذلك أهل الاسواق لئلا ينفرد المتلقى برخص السلعة دون أهل الاسواق ورأى أنه لايجوز أن يشترى احد سلعة حتى تدخل السوق هذا اذا كان التلقى قريبا فان كان بعيداً فلا بأس به وحد القرب في المذهب بنحو من ستة أميال ورأى انه اذا وقع جاز ولكن يشرك المشترى أهل الاسواق في تلك السلعة التى من شأنها أن يكون ذلك سوقها وأما الشافعى فقال ان المقصود بالنهى انما هو لاجل البائع لئلا يغبنه المتلقى لان البائع يجهل سعر البلد وكان يقول اذا وقع فرب السلعة بالخيار ان شاء أنفذ البيع أو رده ومذهب الشافعى هو نص في حديث أبى هريرة الثابت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال عليه الصلاة والسلام : لا تلقوا الجلب فمن تلقى منه شيئاً فاشتراه فصاحبه بالخيار اذا أتى السوق خرجه مسلم وغيره .

(فصل)

وأما نهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع الحاضر للبادى فاختلف العلماء في معنى ذلك فقال قوم لايبيع أهل الحضر لاهل البادية قولا واحد واختلف عنه في شراء الحضرى للبدوى فمرة أجازه وبه قال ابن حبيب ومرة منعه واهل الحضر عندهم الامصار وقد قيل عنه انه لايجوز ان يبيع اهل القرى لاهل العمود المنتقلين وبمثل قول مالك قال الشافعى والاوزاعى وقال أبو حنيفة واصحابه لابأس ان يبيع الحاضر للبادى ويخبره بالسعر وكره مالك أعنى أن يخبر الحضرى البادى بالسعر واجازه الاوزاعى والذين منعوه اتفقوا على أن القصد بهذا النهى هو ارفاق أهل الحضر لان الاشياء عند أهل البادية أيسر من أهل الحاضرة وهى عندهم أرخص بل أكثر مايكون مجانا عندهم أى بغير ثمن فكانهم رأوا انه يكره ان ينصح الحضرى للبدوى وهذا مناقض لقوله عليه الصلاة والسلام : الدين النصيحة وبهذا تمسك في جوازه ابو حنيفة وحجة الجمهور حديث جابر خرجه مسلم وأبو داود قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم :

لا يبع حاضر لباد ذروا الناس يرزق الله بعضهم من بعض وهذه الزيادة انفرد بها أبو داود فيما أحسب والاشبه أن يكون من باب غبن البدوى لانه يردوالسعر مجهول عنده الا أن تثبت هذه الزيادة ويكون على هذا معنى الحديث معنى النهى عن تلقى الركبان على ما تأوله الشافعي وجاء في الحديث الثابت واختلفوا اذا وقع فقال الشافعي اذا وقع فقد تم وجاز البيع لقوله عليه الصلاة والسلام : دعوا الناس يرزق الله بعضهم من بعض واختلف في هذا المعنى أصحاب مالك فقال بعضهم يفسخ وقال بعضهم لايفسخ .

(فصل)

واما نهيه عليه الصلاة والسلام عن النجش فاتفق العلماء على منع ذلك وان النجش هو أن يزيد أحد في سلعة وليس في نفسه شراءها يريد بذلك أن ينفع البائع ويضر المشترى واختلفوا اذا وقع هذا البيع فقال أهل الظاهر هو فاسد، وقال مالك هو كالعيب والمشترى بالخيار ان شاء ان يرد ردوان شاء ان يمسك أمسك ، وقال أبو حنيفة والشافعي ان وقع اثم وجاز البيع ✡ وسبب الخلاف هل يتضمن النهى فساد المنهى وان كان النهى ليس في نفس الشيء بل من خارج فمن قال يتضمن فسخ البيع لم يجزه ومن قال ليس يتضمن أجازه والجمهور على أن النهى اذا ورد لمعنى في المنهى عنه أنه يتضمن الفساد مثل النهى عن الربا والغرر واذا ورد الأمر من خارج لم يتضمن الفساد ويشبه ان يدخل في هذا الباب نهيه عليه الصلاة والسلام عن بيع الماء لقوله عليه الصلاة والسلام في بعض ألفاظه أنه نهى عن بيع فضل الماء لئمنع به الكلأ. وقال أبو بكر بن المنذر ثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم : نهى عن بيع الماء ونهى عن بيع فضل الماء ليمنع به الكلأ وقال لا يمنع رهو بئر ولا بيع ماء واختلف العلماء في تأويل هذا النهى فحمله جماعة من العلماء على عمومه فقالوا لا يحل بيع الماء بحال كان من بئر أو غدير أو عين في أرض مملكة أو غير مملكة غير أنه ان كان متملكا كان أحق بمقدار حاجته منه وبه قال يحي بن يحي قال أربع لا أرى ان يمنعن الماء والنار والحطب والكلأ وبعضهم خصص هذه الأحاديث لمعارضة الاصول لها وهو أنه لا يحل مال أحد الا بطيب نفس منه كما قال عليه الصلاة والسلام وانعقد عليه الاجماع والذين خصصوا هذا المعنى اختلفوا في جهة تخصيصه فقال قوم معنى ذلك ان البئر يكون بين الشريكين يسقى هذا يوما وهذا يوما فيروى زرع أحدهما في بعض يومه ولا يروى في اليوم الذى لشريكه زرعه فيجب عليه ان لا يمنع شريكه من

✡

الماء بقية ذلك اليوم وقال بعضهم إنما تأويل ذلك في الذي يزرع على مائه فتنهار بئره ولجاره فضل ماء انه ليس لجاره ان يمنعه فضل مائه الى أن يصلح بئره والتاويلان قريبان ووجه التاويلين انهم حملوا المطلق في هذين الحديثين على المقيد وذلك انه نهي عن بيع الماء مطلقا ثم نهي عن منع فضل الماء فحملو المطلق في هذا الحديث على المقيد وقالوا الفضل هو الممنوع في الحديثين . واما مالك فاصل مذهبه ان الماء متى كان في أرض ملكه منبعة فهو لصاحب الارض له بيعه ومنعه الا ان يرد عليه قوم لاثمن معهم ويخاف عليهم الهلاك وحمل الحديث على آبار الصحراء التي تتخذ في الارضين الغير متملكة فرأى ان صاحبها اعني الذي حفرها اولى بها فاذا روت ماشيته ترك الفضل للناس وكانه رأى ان البئر لاتتملك بالاحياء ومن هذا الباب التفرقة بين الوالدة وولدها وذلك انهم اتفقوا على منع التفرقة في المبيع بين الام وولدها لثبوت قوله عليه الصلاة والسلام «من فرق بين والدة وولدها فرق الله بينه وبين أحبته يوم القيامة» واختلفوا من ذلك في موضعين في وقت جواز التفرقة وفي حكم البيع اذا قاما حكم البيع فقال مالك يفسخ وقال الشافعي وأبو حنيفة لايفسخ واثم البائع والمشتري وسبب الخلاف هل النهي يقتضي فساد المنهي اذا كان لعلة من خارج . واما الوقت الذي ينتقل فيه المنع الى الجواز فقال مالك حد ذلك الاثغار وقال الشافعي حد ذلك سبع سنين أو ثمان وقال الاوزاعي حده فوق عشرة سنين وذلك أنه أذا نفع نفسه واستغنى في حياته عن امه ويلحق بهذا الباب اذا وقع في البيع غبن لايتغابن الناس بمثله هل يفسخ البيع أم لا فالمشهور في المذهب أن لايفسخ وقال عبد الوهاب اذا كان فوق الثلث رد وحكاه عن بعض أصحاب مالك وجعله عليه الصلاة والسلام الخيار لصاحب الجلب اذا تلقى خارج المصر دليل على اعتبار الغبن وكذلك ماجعل لمنقذ بن حبان من الخيار ثلاثا لما ذكر له انه يغبن في البيوع ورأى قوم من السلف الاول ان حكم الوالد في ذلك حكم الوالدة وقوم رأوا ذلك في الاخوة .

﴿الباب السادس في النهي من قبل وقت العبادات﴾

وذلك انما ورد في الشرع في وقت وجوب المشي الى الجمعة فقط لقوله تعالى «إذا نودي للصلاة من يوم الجمعة فاسعوا الى ذكر الله وذروا البيع» وهذا أمر مجمع عليه فيما أحسب أعني منع البيع عند الاذان الذي يكون بعد الزوال والامام على المنبر واختلفوا في حكمه اذا وقع هل يفسخ أولا يفسخ فان فسخ فعلى من يفسخ وهل يلحق سائر العقود في هذا المعنى

بالبيع أم لا يلحق فالمشهور عن مالك انه يفسخ وقد قيل لا يفسخ وهذا مذهب الشافعي وأبي حنيفة ✡ وسبب الخلاف كما قلنا غير مامرة هل النهي الوارد لسبب من خارج يقتضي فساد المنهي عنه أولا يقتضيه . وأما على من يفسخ فعنــد مالك على من تجب عليه الجمعة لا على من لا تجب عليه . وأما أهل الظاهر فتقتضي أصولهم ان يفسخ على كل بائع . وأما سائر العقود فيحتمــل ان تلحق بالبيوع لان فيها المعنى الذي في البيع من الشغل به عن السعي الى الجمعة ويحتمل أن لا يلحق به لأنها تقع في هــذا الوقت نادرا بخلاف البيوع . وأما سائر الصلوات فيمكن أن تلحق بالجمعة على جهة النــدب لمرتقب الوقت فاذا فات فعلى جهة الحظر وان كان لم يقل به أحد في مبلغ علمي ولذلك مدح الله تاركي البيوع لمكان الصلاة فقال تعــالى (رجال لا تلهيهم تجارة ولا بيع عن ذكر الله وإقام الصلاة وإيتاء الزكاة) واذ قد اثبتت اسباب الفساد العامة للبيوع فلنصر الى ذكر الاسباب والشروط المصححة له وهو القسم الثاني من النظر العام في البيوع

(القسم الثاني)

والاسباب والشروط المصححة للبيع هي بالجملة ضد الاسباب المفسدة له وهي منحصرة في ثلاثة أجناس ، النظر الاول في العقد ، والثاني في المعقود عليه ، والثالث في العاقدين ففي هذا القسم ثلاثة أبواب .

(الباب الاول في العقد)

والعقد لا يصح الا بالفاظ البيع والشراء التي صيغتها ماضية مثل ان يقول البائع قد بعت منك ويقول المشتري قــد اشتريت منك واذا قال له بعني سلعتك بكذا وكذا فقال قد بعتها فعنــد مالك ان البيع قد وقع وقد لزم المستفهم الا ان يأتي في ذلك بعذر وعنــد الشافعي انه لا يتم البيع حتى يقول المشتري قد اشتريت وكذلك اذا قال المشتري للبائع بكم تبيع سلعتك فيقول المشتري بكذا وكذا فقال قــد اشتريت منك اختلف هل يــلزم البيع أم لا حتى يقول قد بعتها منك وعند الشافعي انه يقع البيع بالالفاظ الصريحة وبالكناية ولا أذكر لمالك في ذلك قولا ولا يكفي عند الشافعي المعطاة دون قول ولا خلاف فيما أحسب ان الايجاب والقبول المؤثرين في اللزوم لا يتراخى احدهما عن الثاني حتى يفترق المجلس أعني انه متى قال البائع قد بعت سلعتي بكذا وكذا فسكت المشتري ولم يقبل البيع حتى افترقا ثم أتى بعد ذلك فقال قــد قبلت انه لا يلزم ذلك البائع واختلفوا متى يكون اللزوم فقال مالك وأبو حنيفة وأصحابهما وطائفة من أهل

المدينة ان البيع يلزم في المجلس بالقول وانلم يفترقا وقال الشافعى واحمد واسحاق وأبو ثور وداود وابن عمر من الصحابة رضى الله عنهم البيع لازم بالافتراق من المجلس وانهما مهما لم يفترقا فليس يلزم البيع ولا ينعقد وهو قول ابن أبى ذئب فى طائفة من أهل المدينة وابن المبارك وسوار القاضى شريح القاضى وجماعة من التابعين وغيرهم وهو مروى عن ابن عمر وأبى برزة الاسلامى من الصحابة ولا مخالف لهما من الصحابة وعمدة المشترطين لخيار المجلس حديث مالك عن نافع عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: المتبايعان كل واحد منهما بالخيار على صاحبه مالم يفترقا الا بيع الخيار وفي بعض روايات هذا الحديث الا ان يقول أحدهما لصاحبه اختر وهذا حديث اسناده عند الجميع من اوثق الاسانيد وأصحها حتى لقد زعم ابو محمد ان مثل هذا الاسناد يوقع العلم وان كان من طريق الاحاد. واما المخالفون فقد اضطرب بهم وجه الدليل لمذهبهم في رد العمل بهذا الحديث فالذى اعتمد عليه مالك رحمه الله في رد العمل به انه لم يلف عمل اهل المدينة عليه مع انه قد عارضه عنده مارواه من منقطع حديث ابن مسعود انه قال أيما بيعين تبايعا فالقول قول البائع أو يترادان فكأنه حمل هذا على عمومه وذلك يقتضى ان يكون في المجلس وبعد المجلس ولو كان المجلس شرطا في انعقاد البيع لم يكن يحتاج فيه الى تبيين حكم الاختلاف في المجلس لان البيع بعد لم ينعقد ولا لزم بل بعد الافتراق من المجلس وهــذا الحديث منقطع ولا يعارض به الاول وبخاصة انه لا يعارضه الا مع توهم العموم فيه والاولى أن يبنى هذا على ذلك وهذا الحديث لم يخرجه أحد مسنداً فيما أحسب فهذا هو الذى اعتمده مالك رحمه الله في ترك العمل بهــذا الحديث. وأما اصحاب مالك فاعتمدوا في ذلك على ظواهر سمعية وعلى القياس فمن اظهر الظواهر فى ذلك قوله عز وجل « ياأيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود » والعقد هو الايجاب والقبول والامر على الوجوب وخيار المجلس يوجب ترك الوفاء بالعقد لان له عندهم ان يرجع فى البيع بعد ماانعم مالم يفترقا. واما القياس فانهم قالوا عقد معاوضة فلم يكن لخيار المجلس فيه أثر أصله سائر العقود مثل النكاح والكتابة والخلع والرهون والصلح على دم العمد فلما قيل لهم ان الظواهر التى يحتجون بها يخصصها الحديث المذكور فلم يبق لكم في مقابلة الحديث الا القياس فيلزمكم على هذا ان تكونوا ممن يرى تغليب القياس على الاثر وذلك مذهب مهجور عند المالكية وان كان قد روى عن مالك تغلب القياس على السماع مثل قول أبى حنيفة فاجابوا عن ذلك بان هذا ليس من باب رد الحديث بالقياس ولا تغليب وانما هو من باب تأوله وصرفه عن ظاهره قالوا وتأويل الظاهر بالقياس

متفق عليه عند الاصوليين قالوا ولنا فيه تأويلان ، أحدهما أن المتبايعين في الحديث مذكور هما المتساومان اللذان لم ينفذ بينهما البيع فقيل لهم انه يكون الحديث على هذا لا فائدة فيه لانه معلوم من دين الامة انهما بالخيار اذا لم يقع بينهما عقد بالقول ، واما التأويل الآخر فقالوا أن التفرق هنا انهما هو كناية عن الافتراق بالقول لا التفرق بالابدان كما قال تعالى (وان يتفرقا يغن الله كلا من سعته) والاعتراض على هذا ان هذا مجاز لا حقيقة والحقيقة هي التفرق بالابدان ووجه الترجيح ان يقاس بين ظاهر هذا اللفظ والقياس فيغلب الاقوى والحكمة في ذلك هي لموضع الندم فهذه هي أصول الركن الاول الذى هو العقد ،

(واما الركن الثانى)

الذى هو المعقود عليه فانه يشترط فيه سلامته من الغرر والربا وقد تقدم المختلف في هذه من المتفق عليه وأسباب الاختلاف في ذلك فلا معنى لتكراره والغرر ينتفى عن الشيء بان يكون معلوم الوجود معلوم الصفة معلوم القدر مقدورا على تسليمه وذلك في الطرفين الثمن والمثمون معلوم الاجل أيضا ان كان بيعا مؤجلا .

(واما الركن الثالث)

وهما العاقدان فانه يشترط فيهما ان يكونا مالكين تامى الملك أو وكيلين تامى الوكالة بالغين وأن يكونا مع هذا غير محجور عليهما او على أحدهما أما لحق أنفسهما فالسفيه عند من يرى التحجير عليه أو لحق الغير كالعبد الا ان يكون العبد مأذونا له في التجارة واختلفوا من هذا في بيع الفضولى هل ينعقد أم لا وصورته أن يبيع الرجل مال غيره بشرط ان رضى به صاحب المال أمضى البيع وان لم يرض فسخ وكذلك في شراء الرجل للرجل بغير اذنه على انه ان رضى المشترى صح الشراء والا لم يصح فمنعه الشافعى فى الوجهين جميعا وأجازه مالك فى الوجهين جميعا وفرق أبو حنيفة بين البيع والشراء فقال يجوز في البيع ولا يجوز فى الشراء وعمدة المالكية ما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم دفع الى عروة البارقى دينارا وقال اشتر لنا من هذا الجلب شاة قال فاشتريت شاتين بدينار وبعت احدى الشاتين بدينار وجئت بالشاة والدينار فقلت يا رسول الله هذه شاتكم وديناركم فقال اللهم بارك له في صفقة يمينه ووجه الاستدلال منه ان النبى صلى الله عليه وسلم لم يامره في الشاة الثانية الا بالشراء ولا بالبيع فصار ذلك حجة على أبى حنيفة في صحة الشراء للغير وعلى الشافعى في الامرين جميعا وعمدة الشافعى

النهى الوارد عن بيع الرجل ماليس عنده والمالكيه تحمله على بيعه لنفسه لالغيره قالوا والدليل على ذلك ان النهى انما ورد فى حكيم بن حزام وقضيته مشهورة وذلك انه كان يبيع لنفسه ماليس عنده ☆ وسبب الخلاف المسألة المشهورة هل اذا ورد النهى على سبب حمل على سببه أو يعم فهذه هى أصول هذا القسم وبالجملة فالنظر في هذا القسم هو منطو بالقوة في الجزء الاول ولكن النظر الصناعي الفقهي يقتضى ان يفرد بالتكلم فيه واذقد تكلمنا في هذا الجزء بحسب غرضنا فلنصر في الى القسم الثالث وهو القول في الاحكام العامة للبيوع الصحيحه .

(القسم الثالث القول فى الاحكام العامة للبيوع الصحيحة)

وهذا القسم تنحصر اصوله التى لها تعلق قريب بالمسموع في أربع جمل الجملة الاولى في احكام وجود العيب فى المبيعات ؟ والجملة الثانية فى الضمان في المبيعات متى ينتقل من ملك البائع الى ملك المشترى ؟ والثالثة في معرفة الاشياء التى تتبع المبيع مما هي موجودة فيه في حين البيع من التى لاتتبه والرابعة في اختلاف المتبايعين وان كان الاليق به كتاب الاقضية وكذالك أيضا من أبواب أحكام البيوع الاستحقاق وكذلك الشفعة هي ايضا من احكام الطارئة عليه لكن جرت العادة ان يفرد لها كتاب

(الجملة الاولى) وهذه الجملة فيها بابان ، الباب الاول فى احكام وجود العيوب في البيع المطلق ، والباب الثانى فى أحكامها فى البيع بشرط البراءة .

(الباب الاول في احكام العيوب في البيع المطلق)

والاصل في وجوب الرد بالعيب قوله تعالى (إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم) وحديث المصراة المشهور ولما كان القائم بالعيب لايخلو أن يقوم في عقد يوجب الرد أو يقوم في عقد لايوجب ذلك ثم اذاقام في عقد يوجب الرد فلا يخلو ايضاً ان يقوم بعيب يوجب حكما أولا يوجبه ثم قام بعيب يوجب حكما فلا يخلو المبيع ايضاً أن يكون قد حدث فيه تغير بعد البيع اولا يكون فان كان لم يحدث فما حكمه وان كان حدث فيه فكم أصناف التغيرات وما حكمها كانت الفصول المحيطة باصول هذا الباب خمسة .الفصل الاول في معرفة العقود التى يجب فيها بوجود العيب حكم من التى لايجب ذلك فيها . الثانى في معرفة العيوب التى توجب الحكم وماشرطها الموجب للحكم فيها . الثالث في معرفة حكم العيب الموجب اذا كان المبيع لم يتغير . الرابع في معرفة أصناف التغيرات الحادثة عند المشترى وحكمها

الخامس في القضاء ، وحكمها المشترى في هذا الحكم عند اختلاف المتبايعين وان كان أليق بكتاب الاقضية .

﴿ الفصل الأول من الباب الاول ﴾

أما العقود التى يجب فيها بالعيب حكم بلا خلاف فهى العقود التى المقصود منها المعاوضة كما ان العقود التى ليس المقصود منها المعاوضة لاخلاف أيضاً في انه لا تأثير للعيب فيها كالهبات لغير الثواب والصدقة . وأما ما بين هذين الصنفين من العقود أعنى ماجمع قصد المكارمة والمعاوضة مثل هبة الثواب فالاظهر في المذهب انه لا حكم فيها بوجوب العيب وقد قيل يحكم به اذا كان العيب مفسدا .

(الفصل الثانى)

وفي هذا الفصل نظران ، أحدهما في العيوب التى توجب الحكم ، والنظر الثانى في الشرط الموجب له .

(النظر الاول) . فاما العيوب التى توجب الحكم فنها عيوب في النفس ومنها عيوب في البدن وهذه منها ماهي عيوب بان تشترط اضدادها في المبيع وهي التى تسمى عيوبا من قبل الشرط ومنها ماهى عيوب توجب الحكم وان لم يشترط وجود اضدادها في المبيع وهذه هى التى فقدها نقص في أصل الخلقة . وأما العيوب الاخر فهى التى أضدادها كمالات وليس فقدها نقصاً مثل الصنائع وأكثر مايوجد هذا الصنف فى أحوال النفس وقد يوجد فى أحوال الجسم والعيوب الجسمانية منها ماهي فى أجسام ذوات الانفس ومنها ماهي غير ذوات الانفس والعيوب التى لها تأثير في العقد هي عند الجميع ما نقص عن الخلقة الطبيعية أو عن الخلق الشرعى نقصانا له تأثير في ثمن المبيع وذلك يختلف بحسب اختلاف الازمان والعوائد والاشخاص فربما كان النقص في الخلقة فضيلة فى الشرع كالخفاض فى الاماء والختان فى العبيد ولتقارب هذه المعانى في شىء شىء مما يتعامل الناس به وفى الخلاف بين الفقهاء فى ذلك ونحن نذكر من هذه المسائل ما اشتهر الخلاف فيه بين الفقهاء ليكون ما يحصل من ذلك فى نفس الفقيه يعود كالقانون والدستور الذى يعمل عليه فيما لم يجد فيه نصا عمن تقدمه أو فيما لم يقف على نص فيه لغيره فمن ذلك وجود الزنا فى العبيد اختلف العلماء فيه فقال مالك والشافعى هو عيب وقال أبو حنيفة ليس بعيب وهو نقص فى الخلق الشرعى الذى هو العفة والزوج عند مالك عيب وهو من العيوب العائقة عن الاستعمال وكذلك الدين وذلك أن

العيب بالجملة هو ما عاق فعل النفس أو فعل الجسم وهذا العائق قد يكون في الشيء وقد يكون من خارج وقال الشافعي ليس الدين ولا الزوج بعيب فيها أحسب والحمل في الرائعة عيب عند مالك وفي كونه عيبا في الوخش خلاف في المذهب والتصرية عند مالك والشافعي عيب وهو حقن اللبن في الثدى أياما حتى يوهم ذلك أن الحيوان ذو لبن غزير وحجتهم حديث المصراة المشهور وهو قوله صلى الله عليه وسلم: لا تصر والابل والبقر فمن فعل ذلك فهو بخير النظرين ان شاء أمسكها وان شاء ردها وصاعا من تمر قالوا فاثبت له الخيار بالرد مع التصرية وذلك دال على كونه عيبا مؤثرا قالوا وأيضا فانه مدلس فاشبه التدليس بسائر العيوب، وقال أبو حنيفة وأصحابه ليست التصرية عيبا للاتفاق على أن الانسان اذا اشترى شاة فخرج لبنها قليلا ان ذلك ليس بعيب قالوا وحديث المصراة يجب أن لا يوجب عملا لمفارقته الاصول وذلك انه مفارق للاصول من وجوه فمنها انه معارض لقوله عليه الصلاة والسلام: الخراج بالضمان وهو أصل متفق عليه ومنها ان فيه معارضة منع بيع طعام بطعام نسيئة وذلك لا يجوز باتفاق ومنها أن الاصل في المتلفات إما القيم . واما المثل واعطاء صاع من تمر في لبن ليس قيمة ولا مثلا ومنها بيع الطعام المجهول أى الجزاف بالمكيل المعلوم لأن اللبن الذى دلس به البائع غير معلوم القدر وأيضا فانه يقل ويكثر والعوض ههنا محدود ولكن الواجب أن يستثنى هذا من هذه الاصول كلها لموضع صحة الحديث وهذا كأنه ليس من هذا الباب وانما هو حكم خاص ولكن اطرد اليه القول فلنرجع الى حيث كنا فنقول انه لا خلاف عندهم في العور والعمى وقطع اليد والرجل انها عيوب مؤثرة وكذلك المرض في أى عضو كان أو كان في جملة البدن والشيب في المذهب عيب في الرائعة وقيل لا بأس باليسير منه فيها وكذلك الاستحاضة عيب في الرقيق والوخش وكذلك ارتفاع الحيض عيب في المشهور من المذهب والزعر عيب وأمراض الحواس والاعضاء كلها عيب باتفاق وبالجملة فاصل المذهب ان كل ما أثر في القيمة أعنى نقص منها فهو عيب والبول في الفراش عيب وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة ترد الجارية به ولا يرد العبد به والتأنيث في الذكر والتذكير في الانثى عيب هذا كله في المذهب الاما ذكرنا فيه الاختلاف .

(النظر الثانى) وأما شرط العيب الموجب للحكم به فهو ان يكون حادثا قبل أمد التبايع باتفاق أو في العهدة عند من يقول بها فيجب ههنا ان نذكر اختلاف الفقهاء في العهدة فنقول تفرد مالك بالقول بالعهدة دون سائر فقهاء الامصار وسلفه في ذلك أهل المدينة الفقهاء السبعة

وغيرهم ومعنى العهدة أن كل عيب حدث فيها عند المشــترى فهو من البائع وهي عند القائلين بها عهدتان عهدة الثلاثة الايام وذلك من جميع العيوب الحادثة فيها عند المشترى وعهدة السنــة وهي من العيوب الثلاثة الجذام والبرص والجنون فما حدث في الســنة من هذه الثلاث بالمبيع فهو من البائع وما حدث من غيرها من العيوب كان من ضمان المشترى على الاصل وعهدة الثلاث عند المالكية بالجملة بمنزلة أيام الخيار وأيام الاستبراء والنفقة فيها والضمان من البائع وأما عهدة السنة فالنفقة فيها والضــمان من المشترى الا من الادواء الثلاثة وهذه العهدة عند مالك في الرقيق وهي أيضا واقعة في أصناف البيوع في كل ما القصد منه المماكسة والمحاكرة وكان بيعا لا في الذمة هذا مالا خلاف فيه في المذهب واختلف فى غير ذلك وعهدة السنة تحسب عنده بعد عهدة الثلاث في الاشــهر من المذهب وزمان المواضعة يتداخل مع عهدة الثلاث ان كان زمان المواضعة أطول من عهدة الثلاث وعهدة السنة لا تتداخل مع عهدة الاستبراء هذا هو الظاهر من المذهب وفيه اختلاف وقال الفقهاء السبعة لايتداخل منها عهدة مع ثانية فعهدة الاستبراء أولا ثم عهدة الثلاث ثم عهدة السنة واختلف أيضا عن مالك هل تلزم العهدة في كل البلاد من غير أن يحمل أهلها عليها فروى عنه الوجهان فاذا قيل لا يلزم أهل هذه البلد الا أن يكونوا قد حملوا على ذلك فهل يجب أن يحمل عليها أهل كل بلد أم لا فيه قولان في المذهب ولا يلزم النقد في عهدة الثلاث وان اشترط ويلزم في عهدة السنة والعلة في ذلك أنه لم يكمل تسليم البيع فيها للبائع قياسا على بيع الخيار لتردد النقد فيها بين السلف والبيع فهذه كلها مشهورات أحــكام العهدة في مذهب مالك وهى كلها فروع مبنية على صحة العهدة فلنرجع الى تقرير حجج المثبتين لها والمبطلين . أما عمدة مالك رحمه الله في العهدة وحجته التي عول عليها فهى عمل أهل المدينة . وأما أصحابه المتأخرون فانهم احتجوا بمــا رواه الحسن عن عقبة بن عامر عن النبي صلى الله عليه وسلم قال عهدة الرقيق ثلاثة أيام وروى أيضا لا عهدة بعد أربع وروى هذا الحديث أيضا الحسن عن سمرة بن جندب الفزارى رضى الله عنه وكلا الحديثين عند أهل العلم معلول فانهم اختلفوا في سماع الحسن عن سمرة وان كان الترمذى قد صححه ، وأما سائر فقهاء الامصار فلم يصح عندهم فى العهدة أثر ورأوا انها ولو صحت مخالفة للاصول وذلك أن المسلمين مجمعون على أن كل مصيبة تنزل بالمبيع قبل قبضه فهى من المشترى فالتخصيص لمثل هذا الاصل المتقرر انما يكون بسماع ثابت ولهذا ضعف عند مالك في أحد الروايتين عنه أن يقضى بها في

كل بلد الا ان يكون ذلك عرفا في البلد أو يشترط وبخاصة عهدة السنة فانه لم يأت في ذلك أثر وروى الشافعي عن ابن جريج قال سألت ابن شهاب عن عهدة السنة والثلاث فقال ما علمت فيها أمراً سالفا واذا قد تقرر القول في تمييز العيوب التي توجب حكما من التي لا توجبه وتقرر الشرط في ذلك وهو ان يكون العيب حادثا قبل البيع أوفي العهدة عند من يرى العهدة فلنصر الى ما بقي .

(الفصل الثالث)

واذا وجدت العيوب فان لم يتغير المبيع بشيء من العيوب عند المشترى فلا يخلو ان يكون في عقار أو عروض أو في حيوان فان كان في حيوان فلا خلاف ان المشترى مخير بين أن يرد المبيع ويأخذ ثمنه أو يمسك ولا شيء له . وأما ان كان في عقار فمالك يفرق في ذلك بين العيب اليسير والكثير فيقول ان كان العيب يسيرا لم يجب الرد ووجبت قيمة العيب وهو الارش وان كان كثيراً وجب الرد هذا هو الموجود المشهور في كتب أصحابه ولم يفصل البغداديون هذا التفصيل . وأما العروض فالمشهور في المذهب انها ليست في هذا الحكم بمنزلة الاصول وقد قيل أنها بمنزلة الاصول في المذهب وهذا الذي كان يختاره الفقيه أبو بكر بن زرق شيخ جدي رحمة الله عليهما وكان يقول أنه لا فرق في هذا المعنى بين الاصول والعروض وهذا الذي قاله يلزم من يفرق بين العيب الكثير والقليل في الاصول أعني ان يفرق في ذلك أيضا في العروض والاصل ان كل ما حط القيمة أنه يجب به الرد وهو الذي عليه فقهاء الامصار ولذلك لم يعول البغداديون فيما أحسب على التفرقة التي قلت في الاصول ولم يختلف قولهم في الحيوان أنه لا فرق فيه بين العيب القليل والكثير .

(فصل) واذ قد قلنا أن المشترى يخير بين أن يرد المبيع ويأخذ ثمنه أو يمسك ولا شيء له فان اتفقا على أن يمسك المشترى سلعته ويعطيه البائع قيمة العيب فعامة فقهاء الامصار يجيزون ذلك الا ابن جريج من أصحاب الشافعي فانه قال ليس لهما ذلك لانه خيار في مال فلم يكن له اسقاطه بعوض كخيار الشفعة (قال القاضي) عبد الوهاب وهذا غلط لان ذلك حق للمشترى فله أن يتوفيه أعني أن يرد ويرجع بالثمن وله ان يعاوض على تركه وما ذكره من خيار الشفعة فانه شاهدلنا فان له عندنا تركه الى عوض يأخذه وهذا الاختلاف فيه وفي هذا الباب فرعان مشهوران من قبل التبعيض .أحدهما هل اذا اشترى المشترى أنواعا من المبيعات في صفقة واحدة فوجد أحدها معيبا فهل يرجع بالجميع أو بالذي وجد فيه العيب فقال قوم ليس

له الا ان يرد الجميع أو يمسك وبه قال أبو ثور والأوزاعى الا ان يكون قد سمى ما لكل واحد من تلك الانواع من القيمة فان هذا مما لا خلاف فيه أنه يرد المبيع بعينه فقط وإنما الخلاف اذا لم يسم وقال قوم يرد المعيب بحصته من الثمن وذلك بالتقدير وممن قال بهذا القول سفيان الثورى وغيره وروى عن الشافعى القولان معا وفرق مالك فقال ينظر في المعيب فان كان ذلك وجه الصفقة والمقصود بالشراء رد الجميع وان لم يكن وجه الصفقة رده بقيمته وفرق أبو حنيفة تفريقا آخر وقال ان وجد العيب قبل القبض رد الجميع وان وجده بعد القبض رد المعيب بحصته من الثمن ففى هذه المسألة أربعة أقوال فحجة من منع التبعيض في الرد ان المردود يرجع فيه بقيمة لم يتفق عليها المشترى والبائع وكذلك الذى يبقى انما يبقى بقيمة لم يتفقا عليها ويمكن انه لو بعضت السلعة لم يشتر البعض بالقيمة التى أقيم بها . وأما حجة من رأى الرد في البعض المعيب ولابد فلانه موضع ضرورة فأقيم فيه التقويم والتقدير مقام الرضا قياسا على ان مافات فى البيع فليس فيه الا القيمة . وأما تفريق مالك بين ماهو وجه الصفقة أو غيره ووجهها فاستحسان منه لانه رأى ان ذلك المعيب اذا لم يكن مقصوداً في المبيع فليس كبير ضرر في أن لايوافق الثمن الذى أقيم به أرادة المشترى أو البائع . وأما عندمايكون مقصوداً أوجل المبيع فيعظم الضرر في ذلك واختلف عنه هل يعتبر تأثير العيب في قيمة الجميع أو في قيمة المعيب خاصة . وأما تفريق أبى حنيفة بين ان يقبض أولا يقبض فان القبض عنده شرط من شروط تمام البيع ومالم يقبض المبيع فضمانه عنده من البائع وحكم الاستحقاق في هذه المسألة حكم الرد بالعيب .

(وأما المسألة الثانية) فانهم اختلفوا أيضا فى رجلين يبتاعان شيئاً واحداً في صفقة واحدة فيجد ان به عيبا فيريد أحدهما الرجوع ويأبى الآخر فقال الشافعى لمن أراد الرد ان يرد وهي رواية ابن القاسم عن مالك وقيل ليس له ان يرد فمن أوجب الرد شبهه بالصفقتين المفترقتين لانه قد اجتمع فيها عاقدان ومن لم يوجبه شبهه بالصفقة الواحدة اذا اراد المشترى فيها تبعيض رد المبيع بالعيب .

الفصل الرابع

وأما ان تغير المبيع عند المشترى ولم يعلم بالعيب الا بعد تغير المبيع عنده فالحكم في ذلك يختلف عند فقهاء الامصار بحسب التغير . فاما ان تغير بموت أو فساد أو عتق ففقهاء الامصار على انه فوت ويرجع المشترى على البائع بقيمة العيب وقال عطاء ابن أبى رباح لايرجع في الموت والعتق بشيء وكذلك عندهم حكم من اشترى

جارية فاولدها وكذلك التدبير عندهم وهو القياس في الكتابة . وأما تغيره بالبيع فانهم اختلفوا فيه فقال أبو حنيفة والشافعي اذا باعه لم يرجع بشيء وكذلك قال الليث . وأما مالك فله في البيع تفصيل وذلك انه لا يخلوا أن يبيعه من بائعه منه أو من غير بائعه ولا يخلو أيضا ان يبيعه بمثل الثمن أو أقل أو أكثر فان باعه من بائعه منه بمثل الثمن فلا رجوع له بالعيب وان باعه منه بأقل من الثمن رجع عليه بقيمة العيب وان باعه بأكثر من الثمن نظر فان كان البائع الاول مدلسا أي عالما بالعيب لم يرجع الاول على الثاني بشيء وان لم يكن مدلسا رجع الاول على الثاني في الثمن والثاني على الاول أيضا وينفسخ البيعان ويعود المبيع الى ملك الاول فان باعه من عند بائعه منه فقال ابن القاسم لا رجوع له بقيمة العيب مثل قول أبي حنيفة والشافعي وقال ابن عبد الحكم له الرجوع بقيمة العيب وقال أشهب يرجع بالاقل من قيمة العيب أو بقيمة الثمن هذا اذا باعه بأقل مما شراه وعلى هذا لا يرجع اذا باعه بمثل الثمن أو أكثر وبه قال عثمان البتي ووجه قول ابن القاسم والشافعي وأبي حنيفة انه اذا فات بالبيع فقد أخذ عوضا فيه من غير ان مثير تأثير العيب في ذلك العوض الذي هو الثمن ولذلك متى قام عليه المشتري منه بعيب رجع هو على البائع الاول بلا خلاف ووجه القول الثاني تشبيه البيع بالعتق ووجه قول أشهب وعثمان انه لو كان عنده المبيع لم يكن له الا الامساك أو الرد للجميع فاذا باعه فقد أخذ عوض ذلك الثمن فليس له الا ما نقص الا ان يكون أكثر من قيمة العيب وقال مالك ان وهب أو تصدق رجع بقيمة العيب وقال أبو حنيفة لا يرجع لان هبته أو صدقته تفويت للملك بغير عوض ورضى منه بذلك طلبا للاجر فيكون رضاه باسقاط حق العيب أولى وأحرى بذلك . وأما مالك فقياس الهبة على العتق وقد كان القياس أن لا يرجع في شيء من ذلك اذا فات ولم يمكنه الرد لان اجماعهم على انه اذا كان في يديه فليس يجب له الا الرد أو الامساك دليل على انه ليس للعيب تاثير في اسقاط شيء من الثمن وانما له تاثير في فسخ البيع فقط . وأما العقود التي يتعاقبها الاسترجاع كالرهن والاجارة فاختلف في ذلك أصحاب مالك فقال ابن القاسم لا يمنع ذلك من الرد بالعيب اذا رجع اليه المبيع وقال أشهب اذا لم يكن زمان خروجه عن يده زمانا بعيداً كان له الرد بالعيب وقول ابن القاسم أولى والهبة للثواب عند مالك كالبيع في انها فوت فهذه هي الاحوال التي تطرأ على المبيع من العقود الحادثة فيها وأحكامها .

(باب في طروء النقصان)

وأما ان طرأ على المبيع نقص فلا يخلوا ان يكون النقص في قيمته أو في البدن أوفي النفس . فاما نقصان القيمة لاختلاف الاسواق فغير مؤثر في الرد بالعيب باجماع وأما النقصان الحادث في البدن فان كان يسيراً غير مؤثر في القيمة فلا تأثير له في الرد بالعيب وحكمه حكم الذى لم يحدث وهذا نص مذهب مالك وغيره . وأما النقص الحادث في البدن المؤثر في القيمة فاختلف الفقهاء فيه على ثلاثة أقوال ، أحدها انه ليس له ان يرجع الا بقيمة العيب فقط وليس له غير ذلك اذا أبى البائع من الردوبه قال الشافعي في قوله الجديد وأبو حنيفة وقال الثوري ليس له الا ان يرد ويردمقدار العيب الذى حدث عنده وهو قول الشافعي الاول ، والقول الثالث قول مالك ان المشترى بالخيار بين ان يمسك ويضع عنه البائع من الثمن قدر العيب أو يرده على البائع ويعطيه ثمن العيب الذى حدث عنه وانه اذا اختلف البائع والمشترى فقال البائع للمشترى أنا أقبض المبيع وتعطى أنت قيمة العيب الذى حدث عندك وقال المشترى بل أنا أمسك المبيع وتعطى أنت قيمة العيب الذى حدث عندك فالقول قول المشترى والخيار له وقد قيل في المذهب القول قول البائع وهذا انما يصح على قول من يرى انه ليس للمشترى الا ان يمسك أو يرد وما نقص عنده وشذ أبو محمد بن حزم فقال له ان يرد ولا شيء عليه . وأما حجة من قال انه ليس للمشترى الا ان يرد ويرد قيمة العيب أو يمسك فلانه قد أجمعوا على انه اذا لم يحدث بالمبيع عيب عند المشترى فليس له الا الرد فوجب استصحاب حال هذا الحكم وان حدث عند المشترى عيب مع اعطائه قيمة العيب الذى حدث عنده . وأما من رأى انه لا يرد المبيع بشيء وانما له قيمة العيب الذى كان عند البائع فقياسا على العتق والموت لكون هذا الاصل غير مجمع عليه وقد خالف فيه عطاء وأما مالك فلما تعارض عنده حق البائع وحق المشترى غلب المشترى وجعل له الخيار لان البائع لا يخلو من أحد أمرين . اما ان يكون مفرطا في أن لم يستعلم العيب ويعلم به المشترى أو يكون علمه فدلس به على المشترى وعند مالك انه اذا صح انه دلس بالعيب وجب عليه الرد من غير ان يدفع اليه المشترى قيمة العيب الذى حدث عنده فان مات من ذلك العيب كان ضمانه على البائع بخلاف الذى لم يثبت انه دلس فيه . وأما حجة أبى محمد فلانه أمر حدث من عند الله كما لو حدث في ملك البائع فان الرد بالعيب دال على أن البيع لم ينعقد في نفسه وانما انعقد في الظاهر وأيضا فلا كتاب ولا سنة يوجب على مكلف غرم مالم يكن له تأثير في نقصه الا أن يكون على جهة التغليظ عند من ضمن الغاصب مانقص عنده

بامر من الله فهذا حكم العيوب الحادثة في البدن. وأما العيوب التي في النفس كالاباق والسرقة فقد قيــل في المذهب انها تفيت الرد كعيوب الابدان وقيل لا ولا خلاف ان العيب الحادث عندالمشترى اذاارتفع بعدحدوثه انه لاتاثير لهفي الرد الا ان لانؤمن عاقبته واختلفوا من هذا الباب في المشترى يطاء الجارية فقال قوم اذا وطيء فليس له الرد وله الرجوع بقيمة العيب وسواء كانت بكرا أو ثيباوبه قال أبو حنيفةوقال الشافعي يرد قيمة الوطء في البكر ولا يردها في الثيب وقال قوم بل يردها ويرد مهر مثلها وبه قال ابن أبي شبرمة وابن أبي ليلىوقال سفيان الثورى ان كانت ثيبا رد نصف العشر من ثمنها وان كانت بكرا رد العشر من ثمنها وقال مالك ليس عليه في وطء الثيب شيء لانه غلة وجبت له بالضمان . وأما البكر فهو عيب يبت عنده للمشترى الخيار على ماسلف من رأيه وقدروى مثل هذا القولعن الشافعي وقال عثمان البتي الوطء معتبر في العرف في ذلك النوع من الرقيق فان كان له أثر فيالقيمة رد البائع مانقصوانلم يكن له أثر لم يلزمه شيءفهذا هو حكمالنقصان الحادث فيالمبيعات . وأما الزيادةالحادثة في المبيع أعنى المتولدة المنفصلة منه فاختلف العلماء فيها فذهب الشافعي الى انها غير مؤثرة في الرد وانها للمشترىلعمومقوله عليه الصلاة والسلام:الخراج الضمان . وأما مالك فاستثنى من ذلك الولد فقال يرد للبايع وليس للمشترى الاالردللزائد مع الاصل أو الامساك وقال أبو حنيفة الزوائد كلها تمنع الرد توجبأرش العيبالا الغلةوالكسب وحجتهأن ماتولد عنالمبيع داخلفيالعقد فلما لم يكن رده ورد ماتولد عنه كان ذلك فوتا يقتضى أرش العيب الا مانصه الشرع من الخراج والغلة. وأما الزيادة الحادثة في نفس المبيع الغير المنفصلة عنه فانها ان كانت مثل الصبغ فيالثوب والرقمفيالثوب فانها توجب الخيار في المذهب. إما فيالامساك والرجوع بقيمة العيب . وامافي الرد وكونه شريكامع البايع بقيمة الزيادة. وأما النماء في البدن مثل السمن فقد قيــل في المذهب يثبت به الخيار للمشترى وقيل لايثبت وكذلك النقص الذى هو الهزال فهذا هو القول في حكم التغير .

(الفصل الخامس)

وأما صفةالحكمفي القضاء بهذهالاحكام فانه اذا تقار البايع والمشترى على حالة من هذه الاحوال المذكورةههنا وجبالحكمالخاص بتلكالحال فان أنكر البايع دعوىالقائمفلا يخلو ان ينكر وجود العيب أو ينكر حدوثه عنده فانانكر وجود العيب بالمبيعفانكان العيب يستوى في ادراكهجميعالناسكفي في ذلك شاهد انعدلان ممن اتفق منالناس

وان كان مما يختص بعلمه أهل صناعة ماشهد به أهل تلك الصناعةفقيل في المذهب عــدلان وقيل لايشترط في ذلك العدالة ولاالعدد ولا الاسلام وكذلك الحال ان اختلفوا في كونه مؤثراً في القيمة وفي كونه أيضا قبل أمد التبايع أو بعده فانلم يكن للمشترى بينة حلف البائع انه ماحدث عندهوانلم (١) تكنله بينة على وجود العيب بالمبيع لم يجب له يمين على البائع . وأما اذا وجب الارش فوجه الحكم في ذلك أن يقوم الشيء سليما ويقوم ميبا ويرد المشترى مابين ذلك فان وجب الخيار قوم ثلاث تقويمات تقويم وهو سليم وتقويم بالعيب الحادث عند البايع وتقويم بالعيب الحادث عند المشترى فيرد البايع من الثمن ويسقط عنه ماقدر منه قدر ماتنقص به القيمة المعينة عن القيمة السليمة وان أبى للشترى الرد وأحب الامساك رد البائع من الثمن مابين القيمةالصحيحةوالمعيبة عنده .

(الباب الثاني فيبيع البراءة)

ختلف العلماء في جواز هــذا البيع وصورته ان يشترط البائع على المشترى التزام كلعيب يجده في المبيع على العموم فقال أبوحنيفة يجوز البيع بالبراءة من كل عيب سواء علمه البائع أولم يعلمه سماه أولم اسمهأبصره أولم يبصره وبه قال أبو ثور وقال الشافعي في أشهر قوليه وهو المنصور عند اصحابه لايبرأ البائع الامن عيب يريه للمشترى وبهقال الثوري . وأمامالك فالاشهرعنهأن البراءة جائزة مما لم يعلم البايع من العيوب وذلك في الرقيق خاصة الاالبراءة من الحمل في الجوارى الرائعات فانه لايجوز عنده لعظم الغرر فيه ويجوز في الوخش وعنــه في رواية ثانية انه يجوز في الرقيق والحيوان ورواية ثالثة مثل قول الشافعي وقدروى عنهأن بيع البراءة انما يصح من السلطان فقط اوقيــل في بيع السلطان وبيع المواريث وذلك من غيران يشترطوا البراءة وحجةمن رأى القولبالبراءة على الاطلاقأن القيام بالعيب حق من حقوق المشترى قبل البايع فاذا أسقطه سقط أصله سائر الحقوق الواجبــة وحجة من لم يجزه على الاطلاق أن ذلك من باب الغرر فيما لم يعلمه البايع ومن باب الغــبن والغش فيما علمــه ولذلك اشترط جهل البائع مالك وبالجملة فعمدة مالك مارواه في الموطأ أن عبد الله بن عمر باع غلاماً له بثمانمائة درهم وباعه على البراءة فقال الذي ابتاعه لعبد الله بن عمر بالغلام داء لمتسمه فاختصما الى عثمان فقال الرجل باعني عبدأوبه داءلمتسمه لي وقال عبد الله بعته بالبراءة فقضى عثمان على عبد الله ان يحلف لقدباع العبد ومابه داء يعلمه فأبى عبد الله أن يحلف وارتجع العبد وروى

أيضا أن زيد بن ثابت كان يجيز بيع البراءة وانما خص مالك بذلك الرقيق لكون عيوبهم في الاكثر خافية وبالجملة خيار الرد بالعيب حق ثابت للمشترى ولما كان ذلك يختلف اختلافا كثيراً كاختلاف المبيعات في صفاتها وجب اذا اتفقا على الجهل به أن لا يجوز أصله اذا اتفقا على جهل صفة المبيع المؤثرة في الثمن ولذلك حكى ان ابن القاسم في المدونة عن مالك أن آخر قوله كان انكار بيع البراءة الا ما خفف فيه السلطان وفي قضاء الديون خاصة وذهب المغيرة من أصحاب مالك الى أن البراءة انما تجوز فيما كان من العيوب لا يتجاوز فيها ثلث المبيع والبراءة بالجملة انما تلزم عند القائلين بها بالشرط أعني اذا اشترطها الا بيع السلطان والمواريث عند مالك أو بيع السلطان فقط فالكلام بالجملة في بيع البراءة هو في جوازه وفي شرط جوازه فيما يجوز من العقود والمبيعات والعيوب ولمن يجوز بالشرط أو مطلقا وهذه كلها قد تقدمت بالقوة في قولنا فاعلمه .

(الجملة الثانية في وقت ضمان المبيعات) واختلفوا في الوقت الذى يضمن فيه المشترى المبيع أنى لكون خسارته ان هلك منه فقال أبو حنيفة والشافعي لا يضمن المشترى الا بعد القبض وأما مالك فله في ذلك تفصيل وذلك ان المبيعات عنده في هذا الباب ثلاثة أقسام ، بيع يجب على البائع فيه حق توفية من وزن اوكيل وعدد . وبيع ليس فيه حق توفية وهو الجزاف أوما لا يوزن ولا يكال ولا يعد ، فاما ماكان فيه حق توفية فلا يضمن المشترى الا بعد القبض . وأما ما ليس فيه حق توفية وهو حاضر فلا خلاف في المذهب ان ضمانه من المشترى وان لم يقبضه . وأما المبيع الغائب فمن مالك في ذلك ثلاث روايات أشهرها ان الضمان من البائع الا ان يشترطه على المبتاع والثانية انه من المبتاع الا أن يشترطه على البائع والثالثة الفرق بين ما ليس بمأمون البقاء الى وقت الاقتضاء كالحيوان والماكولات وبين ماهو مامون البقاء والخلاف في هذه المسئلة مبنى على هل القبض شرط من شروط العقد أو حكم من أحكام العقد والعقد لازم دون القبض من شروط صحة العقد أو لزومه أو كيفما شئت ان تعبر عن هذا المعنى كان الضمان عنده من البائع حتى يقبضه المشترى ومن قال هو حكم لازم من أحكام المبيع والبيع قد انعقد ولزم قال بالعقد يدخل فى ضمان المشترى وتفريق مالك بين الغايب والحاضر والذى فيه حق توفية والذى ليس فيه حق توفية استحسان ومعنى الاستحسان فى أكثر الاحوال هو الالتفات الى المصلحة والعدل وذهب اهل الظاهر الى أن بالعقد يدخل في ضمان المشترى وفيما أحسب وعمدة من رأى ذلك اتفاقهم على أن الخراج قبل القبض للمشترى وقد قال عليه الصلاة والسلام : الخراج بالضمان وعمدة المخالف حديث عتاب بن أسيد ان رسول الله صلى الله عليه وسلم لما بعثه الى مكة قال له

أنهم عن بيع مالم يقضبوا وربح مالم يضمنوا وقد تكلمنا في شرط القبض في المبيع فيما سلف ولا خلاف بين المسلمين انه من ضمان المشترى بعد القبض الا في العهدة والجوائح واذ قد ذكرنا العهدة فينبغى أن نذكر هنا الجوائح .

☆(القول فى الجوائح)☆

اختلف العلماء في وضع الجوائح في الثمار فقال بالقضاء بها مالك وأصحابه ومنعها أبو حنيفة والثورى والشافعي في قوله الجديد والليث فعمدة من قال بوضعها حديث جابر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : من باع ثمراً فاصابته جائحة فلا يأخذ من أخيه شيئا على ماذا يأخذ أحدكم مال أخيه خرجه مسلم عن جابر وماروى عنه أنه قال أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بوضع الجوائح فعمدة من أجاز الجوائح حديثا جابر هذان وقياس الشبه أيضاً وذلك انهم قالوا انه مبيع بقى على البائع فيه حق توفية بدليل ماعليه من سقيه الى ان يكمل فوجب أن يكون ضمانه منه أصله سائر المبيعات التى بقى فيها حق توفية والفرق عندهم بين هذا المبيع وبين سائر البيوع ان هذا بيع وقع في الشرع والمبيع لم يكمل بعد فكانه مستثنى من النهى عن بيع مالم يخلق فوجب ان يكون في ضمانه مخالفا لسائر المبيعات . وأما عمدة من لم يقل بالقضاء بها فتشبيه هذا البيع بسائر المبيعات وان التخلية في هذا المبيع هو القبض وقد اتفقوا على ان ضمان المبيعات بعد القبض من المشترى ومن طريق السماع أيضاً حديث أبى سعيد الخدرى قال أجيح رجل فى ثمار ابتاعها وكثر دينه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم تصدقوا عليه فتصدق عليه فلم يبلغ وفاء دينه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : خذوا ماوجدتم وليس لكم الا ذلك قالوا فلم يحكم بالجائحة * فسبب الخلاف في هذه المسئلة هو تعارض الآثار فيها وتعارض مقاييس الشبه وقد رام كل واحد من الفريقين صرف الحديث المعارض للحديث الذى هو الاصل عنده بالتأويل فقال من منع الجائحة يشبه أن يكون الامر بها انما ورد قبل النهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها قالوا ويشهد لذلك انه لما كثر شكواهم بالجوائح أمروا أن لايبيعوا الثمر الا بعد ان يبدو صلاحه وذلك في حديث زيد بن ثابت المشهور وقال من أجازها في حديث أبى سعيد يمكن ان يكون البائع عديما فلم يقض عليه بجائحة او أن يكون المقدار الذى أصيب من الثمر مقداراً لا يلزم فيه جائحة او ان يكون أصيب فى غير الوقت الذى تجب فيه الجائحة مثل ان يصاب بعد الجذاذ أو بعد الطيب . وأما الشافعى فروى حديث جابر عن سليمان بن عتيق عن جابر وكان يضعفه ويقول انه اضطرب

☆

في ذكر وضع الجوائح فيه ولكنه قال ان ثبت الحديث وجب وضعها في القليل والكثير ولا خلاف بينهم في القضاء بالجائحة بالعطش وقد جعل القائلون بها اتفاقهم في هذا حجة على اثباتها والكلام في أصول الجوائح على مذهب مالك ينحصر في أربعة فصول الاول في معرفة الأسباب الفاعلة للجوائح ، الثاني في محل الجوائح من المبيعات ، الثالث في مقدار مايوضع منه فيه ، في الوقت الذى توضع فيه .

﴿الفصل الاول﴾

وأما ما أصاب الثمرة من السماء مثل البرد والقحط وضده والعفن فلا خلاف في المذهب انه جائحة وأما العطش كما قلنا فلا خلاف بين الجميع انه جائحة وأما ما أصاب من صنع الآدميين فبعض من أصحاب مالك رآه جائحة وبعض لم يره جائحة والذين رأوه جائحة انقسموا قسمين فبعضهم رأى منه جائحة ما كان غالبا كالجيش ولم ير ماكان منه بمغافصة (١) جائحة مثل السرقة وبعضهم جعل كل ما يصيب الثمرة من جهة الآدميين جائحة بأي وجه كان فمن جعلها في الامور السماوية فقط اعتمد ظاهر قوله عليه الصلاة والسلام : أرأيت ان منع الله الثمرة ومن جعلها في أفعال الآدميين شبهها بالامور السماوية ومن استثنى اللص قال يمكن أن يتحفظ منه .

﴿ الفصل الثانى ﴾

ومحل الجوائح هي الثمار والبقول فاما الثمار فلا خلاف فيها في المذهب . وأما البقول ففيها خلاف والاشهر فيها الجائحة وانما اختلفوا في البقول لاختلافهم في تشبيهها بالأصل الذى هو الثمر .

﴿ الفصل الثالث ﴾

وأما المقدار الذى تجب فيه الجائحة أما في الثمار فالثلث واما في البقول فقيل في القليل والكثير وقيل في الثلث وابن القاسم يعتبر ثلث الثمر بالكيل واشهب يعتبر الثلث في القيمة فاذا ذهب من الثمر عند أشهب ماقيمته الثلث من الكيل وضع عنه الثلث من الثمن وسواء كان ثلثا في الكيل أو لم يكن . وأما ابن القاسم فانه اذا ذهب من الثمن الثلث من الكيل فان كان نوعا واحداً ليس تختلف قيمة بطونه حط عنه من الثمن الثلث وان كان الثمر أنواعا كثيرة مختلفة القيم أو كان بطونا مختلفة القيم أيضا اعتبر قيمة ذلك

---

(١) غافصه أخذه على غرة

الثلث الذاهب من قيمة الجميع فما كان قدره حط بذلك القدر من الثمن ففى موضع يعتبر المكيلة فقط حيث تستوى القيمة فى أجزاء الثمرة وبطونها وفي موضع يعتبر الامرين جميعا حيث تختلف القيمة والمالكية يحتجون في مصيرهم الى التقدير في وضع الجوائح وإن كان الحديث الوارد فيها مطلقا بان القليل في هذا معلوم من حكم العادة أنه يخالف الكثير اذ كان معلوما ان القليل يذهب من كل ثمرة فكان المشترى دخل على هذا الشرط بالعادة وان لم يدخل بالنطق وأيضا فان الجائحة التى عاق الحكم بها تقتضى الفرق بين القليل والكثير قالوا واذا وجب الفرق وجب أن يعتبر فيه الثلث اذ قد اعتبره الشرع في مواضع كثيرة وان كان المذهب يضطرب في هذا الاصل فمرة يجعل الثلث من حيث الكثير كجعله اياه ههنا ومرة يجعله في حيز القليل ولم يضطرب فى أنه الفرق بين القليل والكثير والمقدرات يعسر اثباتها بالقياس عند جمهور الفقهاء ولذلك قال الشافعي لو قلت بالجائحة لقلت فيها بالقليل والكثير وكون الثلث فرقا بين القليل والكثير هو نص في الوصية في قوله عليه الصلاة والسلام : الثلث والثلث كثير .

(الفصل الرابع)

وأما زمان القضاء بالجائحة فاتفق المذهب على وجوبها في الزمان الذى يحتاج فيه الى تبقية الثمر على رؤس الشجر حتى يستوفي طيبه واختلفوا اذا ابقاه المشترى فى الثمار ليبيعه على النضارة وشيئا شيئا فقيل فيه الجائحة تشبيها بالزمان المتفق عليه وقيل ليس فيه جائحة تفريقا بينه وبين الزمان المتفق على وجوب القضاء بالجائحة فيه وذلك ان هذا الزمان يشبه الزمان المتفق عليه من جهة ويخالفه من جهة فمن غلب الاتفاق أوجب فيه الجائحة ومن غلب الاختلاف لم يوجب فيه جائحة أعني من رأى ان النضارة مطلوبة بالشراء كالطيب مطلوب قال بوجوب الجائحة فيه ومن لم ير الامر فيهما واحدا قال ليس فيه جائحة ومن ههنا اختلفوا في وجوب الجوائح في البقول .

(الجملة الثالثة من جمل النظر في الاحكام) وهو فى تابعات المبيعات ومن مسائل هذا الباب المشهورة اثنتان الاولى بيع النخل وفيها الثمر متى يتبع بيع الاصل ومتى لا يتبعه فجمهور الفقهاء على أن من باع نخلا فيها ثمر قبل أن يؤبر فان الثمر للمشترى واذا كان البيع بعد الابار فالثمر للبائع الا أن يشترطه المبتاع والثمار كلها في هذا المعنى في معنى النخيل وهذا كله لثبوت حديث ابن عمر ان رسول

الله صلى الله عليه وسلم قال من باع نخلا قد أبرت فثمرها للبائع الا أن يشترطه المبتاع قالوا فلما حكم صلى الله عليه وسلم بالثمر للبائع بعد الابار علمنا بدليل الخطاب انها للمشترى قبل الابار بلا شرط وقال أبو حنيفة وأصحابه هي للبائع قبل الابار وبعده ولم يجعل المفهوم ههنا من باب دليل الخطاب بل من باب مفهوم الاحرى والاولى قالوا وذلك انه اذا وجبت للبائع بعد الابار فهى أحرى أن تجب له قبل الابار وشبهوا خروج الثمر بالولادة قالوا وكما أن من باع أمة لها ولد فولدها للبائع الا أن يشترطه المبتاع كذلك الامر في الثمر وقال ابن أبي ليلى سواء أبر او لم يؤبر اذا بيع الاصل فهو للمشترى اشترطها أو لم يشترطها فرد الحديث بالقياس لانه رأى أن الثمر جزء من المبيع ولا معنى لهذا القول الا ان كان لم يثبت عنده الحديث . وأما أبو حنيفة فلم يرد الحديث وانما خالف مفهوم الدليل فيه * فاذا سبب الخلاف في وهذه المسئلة بين أبي حنيفة والشافعي ومالك ومن قال بقولهم معارضة دليل الخطاب لدليل مفهوم الاحرى والاولى وهو الذى يسمى فحوى الخطاب لكنه ههنا ضعيف وان كان في الاصل أقوى من دليل الخطاب . وأما سبب مخالفة ابن أبي ليلى لهم فمعارضة القياس للسماع وهو كما قلنا ضعيف والابار عند العلماء ان يجعل طلع ذكور النخل في طلع اناثها وفي سائر الشجر أن تنور وتعقد والتذكير في شجر التين التي تذكر في معنى الابار وابار الزرع مختلف فيه في المذهب فروى ابن القاسم عن مالك أن إباره ان يفرك قياسا على سائر الثمر وهل الموجب لهذا الحكم هو الابار أو وقت الابار قيل الوقت وقيل الابار وعلى هذا ينبنى الاختلاف اذا أبر بعض النخل ولم يؤبر البعض هل يتبع مالم يؤبر ما أبر ولا يتبعه واتفقوا فيما أحسبه على أنه اذا بيع تمر وقد دخل وقت الابار فلم يؤبر ان حكمه حكم المؤبر.

(المسئلة الثانية) وهي اختلافهم في بيع مال العبد وذلك انهم اختلفوا في مال العبد هل يتبعه في البيع والعتق على ثلاثة أقوال ، أحدها أن ماله في البيع والعتق لسيده وكذلك في المكاتب وبه قال الشافعى والكوفيون. والثاني أن ماله تبع له في البيع والعتق وهو قول داود وأبي ثور ، والثالث أنه تبع له في العتق لا في البيع الا أن يشترطه المشترى وبه قال مالك والليث فحجة من رأى أن ماله في البيع لسيده الا أن يشترطه المبتاع حديث ابن عمر المشهور عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال من باع عبدا وله مال فماله للذى باعه الا أن يشترطه المبتاع ومن جعله لسيده في العتق فقياساً على البيع وحجة من رأى أنه تبع للعبد في كل حال انبنت على كون العبد مالكا عندهم وهي مسئلة اختلف العلماء فيها اختلافا كثيراً أعنى هل يملك العبد أولا يملك ويشبه أن يكون هؤلاء انما غلبوا القياس على

السماع لان حديث ابن عمر هو حديث خالف فيه نافع سالما لان نافعا رواه عن ابن عمر عن عمر وسالم رواه عن ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم . وأما مالك فغلب القياس في العتق والسماع في البيع وقال مالك في الموطء الامر المجتمع عليه عندنا أن المبتاع اذ اشترط مال العبد فهو له نقدا كان أو عرضا أو دينا وقد روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : من أعتق غلاما فماله له إلا أن يستثنيه سيده ويجوز عند مالك أن يشترى العبد وما له بدراهم وان كان مال العبد دراهم أو فيه دراهم وخالفه أبو حنيفة والشافعى اذا كان مال العبد نقدا وقالوا العبد وماله بمنزلة من باع شيئين لايجوز فيهما الا ما يجوز في سائر البيوع واختلف أصحاب مالك في اشتراط المشترى لبعض مال العبد في صفة البيع فقال ابن القاسم لايجوز وقال أشهب جائز أن يشترط بعضه وفرق بعضهم فقال ان كان مااشترى به العبد عينا وفي مال العبد عين لم يجز ذلك لانه يدخله دراهم بعرض ودراهم وان كان مااشترى به عروضا أولم يكن في مال العبد دراهم جاز ووجه قول ابن القاسم أنه لايجوز أن يشترط بعضه تشبيهه بثمر النخل بعد الابار ووجه قول أشهب تشبيه الجزء بالكل وفي هذا الباب مسائل مسكوت عنها كثيرة ليست مما قصدناه . ومن مشهور مسائلهم في هذا الباب الزيادة والنقصان اللذان يقعان في الثمن الذى انعقد عليه البيع بعد البيع مما يرضى به المتبايعان أعنى أن يزيد المشترى البائع بعد البيع على الثمن الذى انعقد عليه البيع أو يحط منه البائع هل يتبع حكم الثمن أم لا وفائدة الفرق ان من قال هي من الثمن أوجب ردها في الاستحقاق وفي الرد بالعيب وما اشبه ذلك وأيضا من جعلها في حكم الثمن الاول ان كانت فاسدة فسد البيع ومن لم يجعلها من الثمن اعنى الزيادة لم يوجب شيئا من هذا فذهب ابو حنيفة إلى انها من الثمن إلا انه قال لاتثبت الزيادة في حق الشفيع ولا في بيع المرابحة بل الحكم للثمن الاول وبه قال مالك وقال الشافعي لاتلحق الزيادة والنقصان بالثمن اصلا وهو في حكم الهبة واستدل من الحق الزيادة بالثمن بقوله عز وجل «ولاجناح عليكم فيماتراضيتم به من بعد الفريضة » قالوا واذا لحقت الزيادة في الصداق بالصداق لحقت في البيع بالثمن واحتج الفريق الثانى باتفاقهم على انها لاتلحق في الشفعة وبالجملة من رأى ان العقد الاول قد تقرر قال الزيادة هبة ومن رأى انها فسخ للعقد الاول وعقد ثان عدها من الثمن .

(الجملة الرابعة) واذا اتفق المتبايعان على البيع واختلفا في مقدار الثمن ولم تكن هناك بينة ففقهاء الامصار متفقون على انهما يتحالفان ويتفاسخان بالجملة ومختلفون في التفصيل اعنى في الوقت الذى يحكم فيه بالايمان والتفاسخ فقال أبو حنيفة وجماعة انهما

يتحالفان ويتفاسخان مالم تفت عين السلعة فان فاتت فالقول قول المشترى مع يمينه وقال الشافعي ومحمد بن الحسن صاحب أبى حنيفة وأشهب صاحب مالك يتحالفان فى كل وقت . وأما مالك فعنه روايتان ، احداها انهما يتحالفان ويتفاسخان قبل القبض وبعد القبض القول قول المشترى ، والرواية الثانية مثل قول أبى حنيفة وهي رواية ابن القاسم ، والثانية رواية أشهب والفوت عنده يكون بتغير الاسواق وبزيادة المبيع ونقصانه وقال داود وأبو ثور والقول قول المشترى على كل حال وكذلك قال زفر الا أن يكونا اختلفا فى جلس الثمن فحينئذ يكون التفاسخ عندهم والتحالف ولا خلاف انهم اذا اختلفوا فى جلس الثمن أو المثمون ان الواجب هو التحالف والتفاسخ وانما سار فقهاء الامصار الى القول على الجملة بالتحالف والتفاسخ عند الاختلاف فى عدد الثمن لحديث ابن مسعود ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : أيما بيعين تبايعا فالقول قول البايع أو يترادان فمن حمل هذا الحديث على وجوب التفاسخ وعمومه قال يتحالفان فى كل حال ويتفاسخان والعلة فى ذلك عنده ان كل واحد منهما مدع ومدعى عليه . وأما من رأى أن الحديث انما يجب ان يحمل على الحالة التى يجب ان يتساوى فيها دعوى البايع والمشترى قال اذا قبض السلعة أو فاتت فقد صار القبض شاهداً للمشترى وشبهة لصدقه واليمين انما يجب على أقوى المتداعيين شبهة وهذا هو أصل مالك فى الايمان ولذلك يوجب فى مواضع اليمين على المدعى وفى مواضع على المدعى عليه وذلك انه لم يجب اليمين بالنص على المدعى عليه عنده من حيث هو مدعى عليه وانما وجبت عليه من حيث هو فى الاكثر أقوى شبهة فاذا كان المدعى فى مواطن أقوى شبهة وجب ن يكون اليمين فى حيزه . وأما من رأى القول قول المشترى فانه رأى أن البائع مقر للمشترى بالشراء أو مدعى عليه عددا ما فى الثمن وأما داود ومن قال بقوله فردوا حديث ابن مسعود لانه منقطع ولذلك لم يخرجه الشيخان البخاري ومسلم وانما خرجه مالك وعن مالك اذا نكل المتبايعان عن الايمان روايتان ، إحداهما الفسخ ، والثانية ان القول قول البايع وكذلك من يبدأ باليمين فى المذهب فيه خلاف فالاشهر البايع على ما فى الحديث وهل اذا وقع التفاسخ يجوز لاحدهما ان يختار قول صاحبه فيه خلاف فى المذهب

(القسم الرابع من النظر المشترك في البيوع)

وهو النظر في حكم البيع الفاسد اذا وقع فنقول اتفق العلماء على ان البيوع الفاسدة اذا

وقعت ولم تفت باحداث عقد فيها أو نماء أو نقصان أو حوالة سوق ان حكمها الرد أعنى ان يرد البائع الثمن والمشترى المثمون واختلفوا اذا قبضت وتصرف فيها بعتق أو هبة أو بيع أو رهن أو غير ذلك من سائر التصرفات هل ذلك فوت يوجب القيمة وكذلك اذا نمت أو نقصت فقال الشافعى ليس ذلك كله فوتا ولا شبهة ملك فى البيع الفاسد وان الواجب الرد وقال مالك كل ذلك فوت يوجب القيمة الا ماروى عنه ابن وهب فى الربا انه ليس بفوت ومثل ذلك قال أبو حنيفة. والبيوع الفاسدة عند مالك تنقسم الى محرمة والى مكروهة . فاما المحرمة فانها اذ فاتت مضيت بالقيمة . وأما المكروهة فانها اذا فاتت صحت عنده وربما صح عنده بعض البيوع الفاسدة بالقبض لخفة الكراهة عنده فى ذلك فالشافعية تشبه المبيع الفاسد لمكان الربا والغرر بالفاسد لمكان تحريم عينه كبيع الخمر والخنزير فليس عندها فيه فوت ومالك يرى ان النهى فى هذه الامور انما هو لمكان عدم العدل فيها أعنى بيوع الربا والغرر فاذا فاتت السلعة فالعدل فيها هو الرجوع بالقيمة لانه قد تقبض السلعة وهي تساوى الفا وترد وهي تساوى خمسماية أو بالعكس ولذلك يرى مالك حوالة الاسواق فوتا فى المبيع الفاسد ومالك يرى فى البيع والسلف انه اذا فات وكان البايع هو المسلف رد المشترى القيمة مالم تكن أزيد من الثمن لان المشترى قد رفع له فى الثمن لمكان السلف فليس من العدل ان يرد أكثر من ذلك وان كان المشترى هو الذى أسلف البايع فقد حط البائع عنه من الثمن لمكان السلف فاذا وجبت على المشترى القيمة ردها مالم تكن أقل من الثمن لان هذه البيوع انما وقع المنع فيها لمكان ماجعل فيها من العوض مقابل السلف الذى هو موضوع لعون الناس بعضهم لبعض ومالك فى هذه المسئلة افقه من الجميع واختلفوا اذا ترك الشرط قبل القبض أعنى شرط السلف هل يصح البيع أم لا فقال أبو حنيفة والشافعى وسائر العلماء البيع مفسوخ وقال مالك وأصحابه البيع غير مفسوخ الا ابن عبد الحكم قال البيع مفسوخ وقد روى عن مالك مثل قول الجمهور وحجة الجمهور ان النهى يتضمن فساد المنهى فاذا انعقد البيع فاسداً لم يصححه بعد رفع الشرط الذى من قبله وقع الفساد كما ان رفع السبب المفسد فى المحسوسات بعد فساد الشيء ليس يقتضى عودة الشيء الى ما كان عليه قبل الفساد من الوجود فاعلمه وروى أن محمد بن أحمد ابن سهل البرمكى سأل عن هذه المسئلة اسماعيل بن اسحاق المالكى فقال له ما الفرق بين السلف والبيع وبين رجل باع غلاماً بماية دينار وزق خمر فلما انعقد البيع بينهما قال أنا أدع الزق وهذا المبيع مفسوخ عند العلماء باجماع فوجب ان يكون بيع السلف كذلك فجاوب عن ذلك بجواب لا يقوم به حجة وقد تقدم القول فى ذلك واذ قد انقضى القول

فى أصول البيوع الفاسدة وأصول البيوع الصحيحة وفى أصول أحكام البيوع الصحيحة وأصول أحكام الفاسدة المشتركة العامة لجميع البيوع أولكثيرمنها فلنصر الى ما يخص واحداً واحداً من هذه الاربعة الاجناس وذلك بان نذكر منها ما يجرى مجرى الاصول ٠

كتاب الصرف

ولما كان يخص هذا البيع شرطان ، أحدهما عدم النسيئة وهو الفور ، والآخر عدم التفاضل وهو اشتراط المثلية كان النظر فى هذا الكتاب ينحصر في خمسة أجناس الاول في معرفة ما هو نسيئة مما ليس بنسيئة ، الثانى في معرفة ماهو مماثل مماليس بمماثل اذ هذان القسمان ينقسمان بفصول كثيرة فيعرض هنالك الخلاف ، الثالث فيما وقع أيضا من هذا البيع بصورة مختلف فيها هل هو ذريعة الى أحد هذين أعنى الزيادة والنسيئة أو كليهما عند من قال بالذرائع وهو مالك وأصحابه وهذا أنقسم أيضا الى نوعين كانقسام أصله ، الرابع في خصائص أحكام هذا البيع من جهة ما يعتبر فيه هذان الشرطان أعنى عدم النساء والتفاضل أو كليهما وذلك أن يخالف هذا البيع البيوع لمكان هذين الشرطين فيه في أحكام كثيرة وأنت اذا تأملت الكتب الموضوعة في فروع الكتاب الذى يرسمونه بكتاب الصرف وجدتها كلها راجعة الى هذه الاجناس الخمسة أو الى ما تركب منها ما عدا المسائل التى يدخلون في الكتاب الواحد بعينه مما ليس هو من ذلك الكتاب مثل ادخال المالكية فى كتاب الصرف مسائل كثيرة هي من باب الاقتضاء في السلف لكن لما كان الفاسد منها يؤل الى أحد هذين الاصلين أعنى الى صرف بنسيئة أو بتفاضل أدخلوها فى هذا الكتاب مثل مسائلهم في اقتضاء القائمة والمجموعة والفرادى بعضها من بعض لكن لما كان قصدنا انما هو ذكر المسائل التى هى منطوق بها في الشرع أو قريب من المنطوق بها رأينا أن نذكر في هذا الكتاب سبع مسائل مشهورة تجرى مجرى الاصول لما يطرأ على المجتهد من مسائل هذا الباب فان هذا الكتاب انما وضعناه ليبلغ به المجتهد فى هذه الصناعة رتبة الاجتهاد اذا حصل مايجب له ان يحصل قبله من القدر الكافي له في علم النحو واللغة وصناعة أصول الفقه ويكفى من ذلك ماهو مساو لجرم هذا الكتاب أو أقل وبهذه الرتبة يسمى فقيها لابحفظ

مسائل الفقه ولو بلغت في العدد أقصى ما يمكن ان يحفظه انسان كما نجد متفقهة زماننا يظنون ان الافقه هو الذى حفظ مسائل أكثر وهؤلاء عرض لهم شبيه ما يعرض لمن ظن أن الخفاف هو الذى عنده خفاف كثيرة لا الذى يقدر على عملها وهو بين ان الذى عنده خفاف كثيرة سيأتيه انسان بقدم لا يجد فى خفافه ما يصلح لقدمه فيلجأ الى صانع الخفاف ضرورة وهو الذى يصنع لكل قدم خفا يوافقه فهذا هو مثال أكثر المتفقهة في هذا الوقت واذ قد خرجنا عما كنا بسبيله فلنرجع الى حيث كنا من ذكر المسائل التى وعدنا بها .

(المسألة الاولى) أجمع العلماء على أن بيع الذهب بالذهب والفضة بالفضة لا يجوز الا مثلا بمثل يدا بيد الا ماروى عن ابن عباس ومن تبعه من المكيين فانهم أجازوا بيعه متفاضلا ومنعوه نسيئة فقط وانما صار ابن عباس لذلك لما رواه عن اسامة بن زيد عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال لاربا الا فى النسيئة وهو حديث صحيح فأخذ ابن عباس بظاهر هذا الحديث فلم يجعل الربا الا في النسيئة . واما الجمهور فصاروا الى ماروا مالك عن نافع عن أبى سعيد الخدرى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لاتبيعوا الذهب بالذهب الا مثلا بمثل ولا تشفوا بعضها على بعض ولاتبيعوا الفضة بالفضة الا مثلا بمثل ولاتشفوا بعضها على بعض ولاتبيعوا منها شيئاً غائبا بناجز وهومن أصح ماروى في هذا الباب وحديث عبادة بن الصامت حديث صحيح أيضا في هذا الباب فصار الجمهور الى هذه الاحاديث اذ كانت نصا في ذلك . وأما حديث ابن عباس فانه ليس بنص في ذلك لانه روى فيه لفظان ، أحدهما أنه قال انما الربا في النسيئة وهذا ليس يفهم منه اجازة التفاضل الا من باب دليل الخطاب وهو ضعيف ولاسيما اذا عارضه النص وأما اللفظ الآخر وهو لاربا الا في النسيئة فهو أقوى من هذا اللفظ لان ظاهره يقتضى أن ماعدا النسيئة فليس بربا لكن يحتمل ان يريد بقوله لاربا الا فى النسيئة من جهة انه الواقع في الاكثر واذا كان هذا محتملا والاول نص وجب تأويله على الجهة التى يصح الجمع بينهما وأجمع الجمهور على ان مسكوكه وتبره ومصوغه سواء في منع بيع بعضه ببعض متفاضلا لعموم الاحاديث المتقدمة فى ذلك الا معاوية فانه كان يجيز التفاضل بين التبر والمصوغ لمكان زيادة الصياغة والا ماروى عن مالك انه سئل عن الرجل يأتى دار الضرب بورقه فيعطيهم أجرة الضرب ويأخذ منهم دنانير ودراهم وزن ورقه أو دراهمه فقال اذا كان ذلك لضرورة خروج الرفقة ونحو ذلك فارجوا أن لا يكون به باس وبه قال ابن القاسم من أصحابه وأنكر ذلك ابن وهب من أصحابه وعيسى بن دينار وجمهور

العلماء وأجاز مالك بدل الدينار الناقص بالوزن أو بالدينارين على اختلاف بين أصحابه في العدد الذي يجوز فيه ذلك من الذي لايجوز على جهة المعروف .

(المسئلة الثانية) اختلف العلماء في السيف والمصحف المحلى يباع بالفضة وفيه حلية فضة أو بالذهب وفيه حلية ذهب فقال الشافعي لايجوز ذلك لجهل المماثلة المشترطة في بيع الفضة بالفضة في ذلك والذهب بالذهب وقال مالك إن كان قيمة مافيه من الذهب أو الفضة الثلث فاقل جاز بيعه أعني بالفضة ان كانت حليته فضة أو بالذهب ان كانت حليته ذهبا والا لم يجز وكانه رأى أنه اذا كانت الفضة قليلة لم تكن مقصودة في البيع وصارت كانها هبة وقال أبو حنيفة وأصحابه لاباس ببيع السيف المحلى بالفضة اذا كانت الفضة أكثر من الفضة التى في السيف وكذلك الامر في بيع السيف المحلى بالذهب لانهم رأوا أن الفضة التى فيه أو الذهب يقابل مثله من الذهب أو الفضة المشتراة به ويبقى الفضل قيمة السيف وحجة الشافعي عموم الاحاديث والنص الوارد في ذلك من حديث فضالة بن عبد الله الانصارى أنه قال أتى رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو بخيبر بقلادة فيها ذهب وخرز وهي من المغانم تباع فامر رسول الله صلى الله عليه وسلم بالذهب الذى في القلادة ينزع وحده ثم قال لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم الذهب بالذهب وزنا بوزن خرجه مسلم . وأما معاوية كما قلنا فاجاز ذلك على الاطلاق وقد أنكره عليه أبو سعيد وقال لاأسكن في أرض أنت فيها لما رواه من الحديث .

(المسئلة الثالثة) اتفق العلماء على أن من شرط الصرف ان يقع ناجزا واختلفوا في الزمان الذى يحد هذا المعنى فقال أبو حنيفة والشافعي الصرف يقع ناجزا مالم يفترق المتصارفان تعجل أو تاخر القبض وقال مالك ان تاخر القبض في المجلس بطل الصرف وان لم يفترقا حتى كره المواعدة فيه * وسبب الخلاف ترددهم في مفهوم قوله عليه الصلاة والسلام : الاهاء وهاء وذلك ان هذا يختلف بالاقل والاكثر فمن رأى أن هذا اللفظ صالح لمن يفترق من المجلس اعنى انه يطلق عليه انه باع هاء وهاء قال لايجوز التاخير في المجلس ومن رأى أن اللفظ لايصح الا اذا وقع القبض من المتصارفين على الفور قال ان تأخر القبض على العقد في المجلس بطل الصرف ولاتفاقهم على هذا المعنى لم يجز عندهم في الصرف حوالة ولا حمالة ولا خيار الا ما حكى عن أبي ثور أنه أجاز فيه الخيار واختلف في المذهب في التأخير الذى يغلب عليه المتصارفان أو أحدهما فمرة قيل فيه أنه مثل الذى يقع بالاختيار ومرة قيل انه ليس كذلك في تفاصيل لهم في ذلك ليس قصدنا ذكرها في هذا الكتاب .

(المسئلة الرابعة) اختلف العلماء فيمن اصطرف دراهم بدنانير ثم وجد فيها

درهما زائفا فأراد رده فقال مالك ينتقض الصرف وان كانت دنانير كثيرة انتقض منها دينار للدرهم فما فوقه الى صرف دينار فان زاد درهم على دينار انتقض منها دينار آخر وهكذا ما بينـه وبين ان ينتهي الى صرف دينار قال وان رضي بالدرهم الزائف لم يبطل من الصرف شيء، وقال أبو حنيفة لا يبطل الصرف بالدرهم الزائف ويجوز تبديله الا أن تكون الزيوف نصف الدراهم او اكثر فان ردها بطل الصرف في المردود وقال الثوري اذا رد الزيوف كان مخيراً أن شاء أبدلها أو يكون شريكا له بقدر ذلك في الدنانير اعني لصاحب الدنانير وقال أحمد لا يبطل الصرف بالرد قليلا كان أو كثيراً وابن وهب من أصحاب مالك يجيز البدل في الصرف وهو مبني على أن الغلبة على النظرة في الصرف ليس لها تأثير ولا سيما في البعض وهو احسن وعن الشافعي في بطلان الصرف بالزيوف قولان فيتحصل لفقهاء الامصار في هذه المسئلة اربعة أقوال، قول بابطال الصرف مطلقا عند الرد، وقول باثبات الصرف ووجوب البدل وقول بالفرق بين القليل والكثير، وقول بالتخيير بين بدل الزائف أو يكون شريكا له * وسبب الخلاف في هذا كله هل الغلبة على التأخير في الصرف مؤثرة فية أو غير مؤثرة وان كانت مؤثرة فهل هي مؤثرة في القليل أو في الكثير. واما وجود النقصان فان المذهب اضطرب فيه فمرة قال فيه انه ان رضي بالنقصان جاز الصرف وان طلب البدل انتقض الصرف قياسا على الزيوف ومرة قال يبطل الصرف وان رضي به وهو ضعيف. واختلفوا أيضاً اذا قبض الصرف وتأخر بعضه اعني هل يبطل الصرف المنعقد على التناجز فقط فقيل يبطل الصرف كله وبه قال الشافعي وقيل يبطل منه المتاخر فقط وبه قال ابو حنيفة ومحمد وابو يوسف والقولان في المذهب ومبنى الخلاف في الصفقة الواحدة يخالطها حرام وحلال هل تبطل الصفقة كلها او الحرام منها فقط.

(المسئلة الخامسة) أجمع العلماء على ان المراطلة جائزة في الذهب بالذهب وفي الفضة بالفضة وان اختلف العدد لاتفاق الوزن وذلك إذا كانت صفة الذهبين واحدة واختلفوا في المراطلة في موضعين، أحدهما ان تختلف صفة الذهبين، والثاني ان ينقص أحد الذهبين عن الآخر فيريد الآخران يزيد بذلك عرضا أو دراهم ان كانت المراطلة بذهب أو ذهبا ان كانت المراطلة بدراهم. فذهب مالك أما في الموضع الاول وهو ان يختلف جنس المراطل بهما في الجودة والرداءة انه متى راطل أحدهما بصنف من الذهب الواحد واخرج الآخر ذهبين احدهما اجود من ذلك الصنف الواحد والآخر اردأ فان ذلك عنده لا يجوز وان كان الصنف الواحد من الذهبين اعني الذي اخرجه وحده أجود من الذهبين المختلفين الذين أخرجهما الآخر أو اردأ

منهما معا اومثل أحدهما وأجود من الثانى جازت المراطلة عنده وقال الشافعى اذا اختلف الذهبان فلا يجوز ذلك وقال أبو حنيفة وجميع الكوفيين والبصريين يجوز جميع ذلك وعمدة مذهب مالك في منعه ذلك الاتهام وهومصير الى القول بسد الذرائع وذلك انه يتهم ان يكون المراطل أنما قصد بذلك بيع الذهبين متفاضلا فكانه أعطى جزء من الوسط بأ كثر منه من الارد أو باقل منه من الاعلى فيتذرع من ذلك الى بيع الذهب بالذهب متفاضلا مثال ذلك ان انسانا قال لاخر خذمنى خمسة وعشرين مثقالا وسطا بعشرين من الاعلى فقال لايجوز هذا لنا ولكن أعطيك عشرين من الاعلى وعشرة أدنى من ذهبك وتعطينى أنت ثلاثين من الوسط فتكون العشرة الادنى يقابلها خمسة من ذهبك ويقابل العشرين من ذهبي الوسط العشرين من ذهبك الاعلى وعمدة الشافعى اعتبار التفاضل الموجود في القيمة وعمدة أبى حنيفة اعتبار وجود الوزن من الذهبين ورد القول بسد الذرائع وكمثل اختلافهم في المصارفة التى تكون بالمراطلة اختلفوا في هذا الموضع في المصارفة التى تكون بالعدد أعنى اذا اختلفت جودة الذهبين أو الاذهاب وأما اختلافهم اذا نقصت المراطلة فاراد أحدهما ان يزيد شيئا آخر مما فيه الربا أو مما لاربا فيه فقريب من هذا الاختلاف مثل ان يراطل أحدهما صاحبه ذهبا بذهب فينقص أحد الذهبين عن الآخر فيريد الذى نقص ذهبه ان يعطى عوض الناقص دراهم أو عرضا فقال مالك والشافعى والليث ان ذلك لايجوز والمراطلة فاسدة وأجاز ذلك كله أبو حنيفة والكوفيون وعمدة الحنفية تقدير وجود المماثلة من الذهبين وبقاء الفضل مقابل العرض وعمدة مالك التهمة في ان يقصد بذلك بيع الذهب بالذهب متفاضلا وعمدة الشافعى عدم المماثلة بالكيل أو الوزن أو العدد الذى بالفضل ومثل هذا يختلفون اذا كانت المصارفة بالعدد .

(المسئلة السادسة) واختلفوا في الرجلين يكون لاحدهما على صاحبه دنانير وللآخر عليه دراهم هل يجوز ان يتصارفاها وهي في الذمة فقال مالك ذلك جائز اذا كانا قد حلا معا وقال أبو حنيفة يجوز في الحال وفي غير الحال وقال الشافعى والليث لايجوز ذلك حلا أو لم يحلا وحجة من لم يجزه انه غائب بغائب واذا لم يجز غائب بناجز كان أحرى أن لايجوز غائب بغائب . وأما مالك فاقام حلول الاجلين في ذلك مقام الناجز بالناجز وانما اشترط ان يكونا حالين معا لئلا يكون ذلك من بيع الدين بالدين ويقول الشافعى قال ابن وهب وابن كنانة من أصحاب مالك وقريب من هذا اختلافهم في جواز الصرف على ماليس عندهما اذا دفعه أحدهما الى صاحبه قبل الافتراق مثل ان يستقرضاه في المجلس فتقابضاه قبل الافتراق فاجاز ذلك الشافعى وأبو حنيفة وكرهه ابن القاسم من الطرفين واستخفه من

الطرف الواحد أعني اذا كان أحدهما هو المستقرض فقط وقال زفر لا يجوز ذلك الا ان يكون من طرف واحد . ومن هذا الباب اختلافهم في الرجل يكون له على الرجل دراهم الى أجل هل يأخذ فيها اذا حل الاجل ذهبا أو بالعكس فذهب مالك الى جواز ذلك اذا كان القبض قبل الافتراق وبه قال أبو حنيفة الا أنه أجاز ذلك وان لم يحل الاجل ولم يجز ذلك جماعة من العلماء سواء كان الاجل حالا أو لم يكن وهو قول ابن عباس وابن مسعود وحجة من أجاز ذلك حديث ابن عمر قال كنت أبيع الابل بالبقيع أبيع بالدنانير وآخذ الدراهم وأبيع بالدراهم وآخذ الدنانير فسألت عن ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : لا بأس بذلك اذا كان بسعر يومه خرجه أبو داود وحجة من لم يجزه ما جاء في حديث أبي سعيد وغيره : ولا تبيعوا منها غائبا بناجز .

(المسئلة الرابعة) اختلف في البيع والصرف في مذهب مالك فقال انه لا يجوز الا أن يكون أحدهما الاكثر والاخر تبع لصاحبه وسواء كان الصرف في دينار واحد أو في دنانير وقيل إن كان الصرف في دينار واحد جاز كيفما وقع وان كان في أكثر اعتبر كون أحدهما تابعا للآخر في الجواز فان كانا معاً مقصودين لم يجز وأجاز أشهب الصرف والبيع وهو أجود لانه ليس في ذلك ما يؤدى الى ربا ولا الى غرر .

(كتاب السلم)

وفي هذا الكتاب ثلاثة أبواب ، الباب الاول في محله وشروطه ، الباب الثاني فيما يجوز أن يقتضى من المسلم اليه بدل ما انعقد عليه السلم وما يعرض في ذلك من الاقالة والتعجيل والتأخير ، الباب الثالث في اختلافهما في السلم .

(الباب الاول) أما محله فانهم أجمعوا على جوازه في كل ما يكال أو يوزن لما ثبت من حديث ابن عباس المشهور قال قدم النبي صلى الله عليه وسلم المدينة وهم يسلمون في التمر السنتين والثلاث فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : من سلف فليسلف في ثمن معلوم ووزن معلوم الى أجل معلوم واتفقوا على امتناعه فيما لا يثبت في الذمة وهي الدور والعقار وأما سائر ذلك من العروض والحيوان فاختلفوا فيها فمنع ذلك

داود وطائفة من أهل الظاهر مصيرا الى ظاهر هذا الحديث والجمهور على أنه جائز فى العروض التى تنضبط بالصفة والعدد . واختلفوا من ذلك فيما ينضبط مما لا ينضبط بالصفة فمن ذاك الحيوان والرقيق فذهب مالك والشافعى والاوزاعى والليث الى أن السلم فيهما جائز وهو قول ابن عمر من الصحابة وقال أبو حنيفة والثورى وأهل العراق لايجوز السلم في الحيوان وهو قول ابن مسعود وعن عمر في ذلك قولان وعمدة أهل العراق فى ذلك ماروى عن ابن عباس أن النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن السلف في الحيوان وهذا الحديث ضعيف عند الفريق الاول وربما احتجوا أيضا بنهيه عليه الصلاة والسلام عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة وعمدة من اجاز السلم في الحيوان ماروى عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم : أمره أن يجهز جيشا فنفدت الأبل فامره أن يأخذ على قلاص الصدقة فأخذ البعير بالبعيرين الى إبل الصدقة وحديث أبى رافع أيضا أن النبي صلى الله عليه وسلم استسلف بكرا قالوا وهذا كله يدل على ثبوته في الذمة ✲ فسبب اختلافهم شيئان ، أحدهما تعارض الآثار في هذا المعنى ، والثانى تردد الحيوان بين ان يضبط بالصفة اولا يضبط فمن نظر الى تباين الحيوان فى الخلق والصفات وبخاصة صفات النفس قال لا ينضبط ومن نظر الى تشابهها قال تنضبط ومنها اختلافهم في البيض والدر وغير ذلك فلم يجز أبو حنيفة السلم في البيض وأجازه مالك بالعدد وكذلك في اللحم أجازه مالك والشافعى ومنعه أبو حنيفة وكذلك السلم في الرؤس والا كارع أجازه مالك ومنعه أبو حنيفة واختلف في ذلك قول الشافعي وكذلك السلم في الدر والفصوص أجازه مالك ومنعه الشافعى وقصدنا من هذه المسائل انما هو الاصول الضابطة للشريعة لااحصاء الفروع لان ذلك غير منحصر .

(وأما شروطه) فنها مجمع عليها ومنها مختلف فيهافاما المجمع عليها فهى ستةمنها أن يكون الثمن والمثمون مما يجوز فيه النساء وامتناعه فيما لايجوز فيه النساء وذلك إما اتفاق المنافع على مايراه مالك رحمه الله وإما اتفاق الجلس على مايراه أبوحنيفة وأما اعتبار الطعم مع الجلس على مايراه الشافعى في علة النساء ومنها أن يكون مقدراً اما بالكيل أو بالوزن أو العدد ان كان مما شأنه أن يلحقه التقدير أو منضبط بالصفة ان كان مما المقصود منه الصفة ومنها أن أيكون موجوداً عند حلول الاجل ومنها أن يكون الثمن غير مؤجل أجلا بعيداً لئلا يكون من باب الكالئ بالكالئ هذا في الجملة واختلفوا فى اشتراط اليومين والثلاثة في تأخير نقد الثمن بعد اتفاقهم على أنه لا يجوز في المدة الكثيرة ولا مطلقا فاجاز مالك اشتراط تأخير اليومين والثلاثة وكذلك أجاز تاخيره بلا

شرط وذهب أبو حنيفة والشافعي الى أن من شرطه التقابض في المجلس كالصرف فهذه ستة متفق عليها . واختلفوا في أربعة أحدها الاجل هل هو شرط فيه أم لا، والثاني هل من شرطه أن يكون جنس المسلم فيه موجوداً في حال عقد السلم أم لا ، والثالث اشتراط مكان دفع السلم فيه ، والرابع أن يكون الثمن مقدراً اما مكيلا واما موزونا واما معدودا وأن لا يكون جزافا فاما الاجل فان أبا حنيفة هو عنده شرط صحة بلا خلاف عنه في ذلك وأما مالك فالظاهر من مذهبه والمشهور عنه أنه من شرط السلم وقد قيل أنه يتخرج من بعض الروايات عنه جواز السلم الحال وأما اللخمي فانه فصل الامر في ذلك فقال ان السلم في المذهب يكون على ضربين سلم حال وهو الذي يكون ممن شانه بيع تلك السلعة ، وسلم مؤجل وهو الذي يكون ممن ليس من شأنه بيع تلك السلعة وعمدة من اشترط الاجل شيئان ظاهر حديث ابن عباس والثاني أنه اذا لم يشترط فيه الاجل كان من باب بيع ما ليس عند البائع المنهي عنه وعمدة الشافعي انه اذا جاز مع الاجل فهو حالا أجوز لانه أقل غرراً وربما استدلت الشافعية بما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم : اشترى جملا من اعرابي بوسق تمر فلما دخل البيت لم يجد التمر فاستقرض النبي صلى الله عليه وسلم تمراً وأعطاه اياه قالوا فهذا هو شراء حال بتمر في الذمة وللمالكية من طريق المعنى أن السلم انما جوز لموضع الارتفاق ولان المسلف يرغب في تقديم الثمن لاسترخاص المسلم فيه والمسلم اليه يرغب فيه لموضع النسيئة واذا لم يشترط الاجل زال هذا المعنى واختلفوا في الاجل في موضعين ، أحدهما هل يقدر بغير الايام والشهور مثل الجذاذ والقطاف والحصاد والموسم ، والثاني في مقداره من الايام وتحصيل مذهب مالك في مقداره من الايام أن المسلم فيه على ضربين ضرب يقتضى ببلد المسلم فيه. وضرب يقتضى بغير البلد الذي وقع فيه السلم فان اقتضاه في البلد المسلم فيه فقال ابن القاسم أن المعتبر في ذلك أجل تختلف فيه الاسواق وذلك خمسة عشر يوماً أو نحوها وروى ابن وهب عن مالك انه يجوز اليومين والثلاثة وقال ابن عبد الحكم لا بأس به الى اليوم الواحد وأما ما يقتضى ببلد آخر فان الاجل عندهم فيه هو قطع المسافة التي بين البلدين قلت أو كثرت وقال أبو حنيفة لا يكون أقل من ثلاثة أيام فمن جعل الاجل شرطا غير معلل اشترط منه أقل ما ينطلق عليها الاسم ومن جعله شرطا معللا باختلاف الاسواق اشترط من الايام ما تختلف فيه الاسواق غالبا وأما الاجل الى الجذاذ والحصاد وما أشبه ذلك فأجازه مالك ومنعه أبو حنيفة والشافعي فمن رأى أن الاختلاف الذي يكون في أمثال هذه الآجال يسير اجاز ذلك إذ الغرر

اليسير معفو عنه فى الشرع وشبهه بالاختلاف الذى يكون فى الشهور من قبل الزيادة والنقصان ومن راى أنه كثر وانما كثر من الاختلاف الذى يكون من قبل نقصان الشهور وكالها لم يجزه وأما اختلافهم فى هل من شرط السلم أن يكون جنس المسلم فيه موجودا فى حين عقد السلم فان مالكا والشافعى وأحمد واسحق وأبا ثور لم يشترطوا ذلك وقالوا يجوز السلم فى غير وقت ابانه وقال أبو حنيفة وأصحابه والثورى والاوزاعى لا يجوز السلم الا فى ابان الشىء المسلم فيه فحجة من لم يشترط الابان ما ورد فى حديث ابن عباس ان الناس كانوا يسلمون فى التمر السنتين والثلاث فاقر ذلك ولم ينهو عنه وعمدة الحنفية ما روى من حديث ابن عمر أن النبى صلى الله عليه وسلم قال . لاتسلموا فى النخل حتى يبدو صلاحها وكانهم رأوا أن الغرر يكون فيه أكثر اذا لم يكن موجودا فى حال العقد وكانه يشبه بيع ما لم يخلق أكثر وان كان ذلك معينا وهذا فى الذمة وبهذا فارق السلم بيع مالم يخلق .

(وأما الشرط الثالث) وهو مكان القبض فان أبا حنيفة اشترطه تشبيها بالزمان ولم يشترطه غيره وهم الا كثر وقال القاضى أبو محمد الافضل اشتراطه وقال ابن المواز ليس يحتاج الى ذلك .

(وأما الشرط الرابع) وهو أن يكون الثمن مقدراً مكيلا أو موزونا أو معدودا أو مذروعا لا جزافا فاشترط ذلك أبوحنيفة ولم يشترطه الشافعى ولا صاحبا أبى حنيفة أبو يوسف ومحمد قالوا وليس يحفظ عن مالك فى ذلك نص الا أنه يجوز عنده بيع الجزاف الا فيما يعظم الغرر فيه على ما تقدم من مذهبه وينبغى أن تعلم ان التقدير فى السلم يكون بالوزن فيما يمكن فيه الوزن وبالكيل فيما يمكن فيه الكيل وبالذرع فيما يمكن فيه الذرع وبالعدد فيما يمكن فيه العدد وان لم يمكن فيه أحد هذه التقديرات انضبط بالصفات المقصودة من الجنس مع ذكر الجنس ان كان انواعا مختلفة أو مع تركه ان كان نوعا واحدا ولم يختلفوا ان السلم لايكون الا فى الذمة وأنه لايكون الا فى معين وأجاز مالك السلم فى قرية معينة اذا كانت مأمونة وكانه رآها مثل الذمة .

(الباب الثانى)

وفى الباب فروع كثيرة لكن نذكر منها المشهور

(مسئلة) اختلف العلماء فيمن أسلم فى شىء من الثمر فلما حل الاجل تعذر تسليمه حتى عدم ذلك المسلم فيه وخرج زمانه فقال الجمهور اذا وقع ذلك كان المسلم

بالخيار بين أن ياخذ الثمن أو يصبر الى العام القابل وبه قال الشافعي وابو حنيفة وابن القاسم وحجتهم أن العقد وقع على موصوف في الذمة فهو باق على أصله وليس من شرط جوازه أن يكون من ثمار هذه السنة وانما هو شيء شرطه المسلم فهو في ذلك بالخيار وقال أشهب من أصحاب مالك ينفسخ السلم ضرورة ولا يجوز التأخير وكانه رآه من باب الكالىء بالكالىء وقال سحنون ليس له أخذ الثمن وانما له أن يصبر الى القابل واضطرب قول مالك فى هذا والمعتمد عليه في هذه المسئلة مارواه أبوحنيفة والشافعي وابن القاسم وهو الذى اختاره أبو بكر الطرطوشى والكالىء بالكالىء المنهى عنه انما هو المقصود لا الذى يدخل اضطراراً :

(مسئلة) اختلف العلماء في بيع المسلم فيه اذا حان الاجل من المسلم اليه قبل قبضه فمن العلماء من لم يجز ذلك أصلا وهم القائلون بان كل شيء لايجوز بيعه قبل قبضه وبه قال أبو حنيفة وأحمد واسحاق وتمسك أحمد واسحاق في منع هذا بحديث عطية العوفي عن أبى سعيد الخدرى قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم . من أسلم في شيء فلا يصرفه فى غيره . وأما مالك فانه منع شراء المسلم المسلم فيه قبل قبضه فى موضعين ، احدهما اذا كان المسلم فيه طعاما وذلك بناء على مذهبه فى ان الذى يشترط فى بيعه القبض هو الطعام على ماجاء عليه النص فى الحديث ؛ والثانى اذا لم يكن المسلم فيه طعاما فأخذ عوضه المسلم مالا يجوز ان يسلم فيه رأس ماله مثل ان يكون المسلم فيه عرضا والثمن عرضا مخالفا له فيأخذ المسلم من المسلم اليه اذا حان الاجل شيئا من جنس ذلك العرض الذى هو الثمن وذلك ان هذا يدخله اما سلف وزيادة ان كان العرض المأخوذ أكثر من رأس مال السلم واما ضمان وسلف ان كان مثله أو أقل وكذلك ان كان رأس مال السلم طعاما لم يجز أن يأخذ فيه طعاما آخر أكثر منه لامن جنسه ولا من غير جنسه فان كان مثل طعامه فى الجنس والكيل والصفة فيما حكاه عبد الوهاب جاز لانه يحمله على العروض وكذلك يجوز عنده أن يأخذ من الطعام المسلم فيه طعاما من صفته وان أقل جودة لانه عنده من باب البدل فى الدنانير والاحسان مثل ان يكون له عليه قمح فيأخذ بمكيلته شعيرا وهذا كله من شرطه عند مالك أن لا يتأخر القبض لانه يدخله الدين بالدين وان كان رأس مال السلم عينا وأخذ المسلم فيه عينا من جنسه جاز مالم يكن أكثر منه ولم يتهمه على بيع العين بالعين نسيئة اذا كان مثله او أقل وان أخذ دراهم فى دنانير لم يتهمه على الصرف المتأخر وكذلك ان أخذ فيه دنانير من غير صنف الدنانير التى هى رأس مال السلم وأما بيع السلم من غير المسلم اليه فيجوز بكل شيء يجوز به التبايع مالم يكن طعاما لانه يدخله بيع الطعام قبل قبضه

وأما الاقالة فمن شرطها عند مالك أن لا يدخلها زيادة ولا نقصان فان دخلها زيادة أو نقصان كان بيعا من البيوع ودخلها ما يدخل البيوع أعني أنها تفسد عنده بما يفسد بيوع الآجال مثل أن يتذرع الى بيع وسلف او الى ضع وتعجل أو الى بيع السلم بما لا يجوز بيعه مثال ذلك في دخول بيع وسلف به اذا حل الاجل فأقاله على أن أخذ البعض وأقال من البعض فانه لا يجوز عنده فانه يدخله التذرع الى بيع وسلف وذلك جائز عند الشافعي وأبي حنيفة لانهما لا يقولان بتحريم بيوع الذرائع.

(مسئلة) اختلف العلماء في الشراء برأس مال السلم من المسلم اليه شيئا بعد الاقالة بما لا يجوز قبل الاقالة فمن العلماء من لم يجزه أصلا ورأى أن الاقالة ذريعة الى أن يجوز من ذلك مالا يجوز وبه قال أبو حنيفة وأصحابه ومالك وأصحابه الا أن عند أبي حنيفة لا يجوز على الاطلاق اذ كان لا يجوز عنده بيع المسلم فيه قبل القبض على الاطلاق ومالك يمنع ذلك في المواضع التي يمنع بيع المسلم فيه قبل القبض على ما فصلناه قبل هذا من مذهبه ومن العلماء من أجازه وبه قال الشافعي والثوري وحجتهم أن بالاقالة قد ملك رأس ماله فاذا ملكه جاز له أن يشتري به ما أحب والظن الرديء بالمسلمين غير جائز قال وأما حديث أبي سعيد فانه انما وقع النهي فيه قبل الاقالة.

(مسئلة) اختلفوا اذا ندم المبتاع في السلم فقال للبائع أقلني وأنظرك بالثمن الذي دفعت اليك فقال مالك وطائفة ذلك لا يجوز وقال قوم يجوز واصل مالك في ذلك مخافة أن يكون المشتري لما حل له الطعام على البائع أخره عنه على أن يقيله فكان ذلك من باب بيع الطعام الى أجل قبل أن يستوفي وقوم اعتلوا لمنع ذلك بأنه من باب فسخ الدين بالدين والذين رأوه جائزاً رأوا أنه من باب المعروف والاحسان الذي أمر الله تعالى به • قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: من أقال مسلما صفقته أقال الله عثرته يوم القيامة ومن أنظر معسراً أظله الله في ظله يوم لا ظل الا ظله.

(مسئلة) أجمع العلماء على أنه اذا كان لرجل على رجل دراهم أو دنانير الى أجل فدفعها اليه عند محل الاجل وبعده فانه يلزمه أخذها. واختلفوا في العروض المؤجلة من السلم وغيره فقال مالك والجمهور ان أتى بها قبل محل الاجل لم يلزم أخذها وقال الشافعي ان كان مما لا يتغير ولا يقصد به النظارة لزمه أخذه كالنحاس والحديد وان كان مما يقصد به النظارة كالفواكه لم يلزمه وأما اذا أتي به بعد محل الاجل

فاختلف في ذلك أصحاب مالك فروى عنه أنه يلزمه قبضه مثل أن يسلم فى قطائف الشتاء فيأتى بها فى الصيف فقال ابن وهب وجماعة لا يلزمه ذلك وحجة الجمهور في أنه لا يلزمه قبض العروض قبل محل الاجل من قبل أنه من ضمانه الى الوقت المضروب الذى قصده ولما عليه من المؤنة في ذلك وليس كذلك الدنانير والدراهم اذ لا مؤنة فيها ولم يلزمه بعد الاجل فحجته أنه رأى أن المقصود من العروض أنما كان وقت الاجل لاغيره وأما من أجاز ذلك في الوجهين أعنى بعد الاجل أو قبله فشبهه بالدنانير والدراهم .

(مسئلة) اختلف العلماء فيمن أسلم الى آخر أو باع منه طعاما على مكيلة ما فاخبر البائع أو المسلم اليه المشترى بكيل الطعام هل للمشترى أن يقبضه منه دون أن يكيله وأن يعمل في ذلك على تصديقه فقال مالك ذلك جائز في السلم وفي البيع بشرط النقد والا خيف أن يكون من باب الربا كانه انما صدقه في الكيل لمكان أنه أنظره بالثمن وقال أبو حنيفة والشافعى والثورى والاوزاعى والليث لا يجوز ذلك حتى يكيله البائع للمشترى مرة ثانية بعد أن كاله لنفسه بحضرة البائع وحجتهم أنه لما كان ليس للمشترى أن يبيعه الابعد أن يكيله لم يكن له أن يقبضه الا بعد أن يكيله البائع له لانه لما كان من شرط البيع الكيل فكذلك القبض واحتجوا بما جاء في الحديث أنه عليه الصلاة والسلام : نهى عن بيع الطعام حتى يجرى فيه الصاعان صاع البائع وصاع المشترى . واختلفوا اذا هلك الطعام في يد المشترى قبل الكيل فاختلفا في الكيل فقال الشافعى القول قول المشترى وبه قال أبو ثور وقال مالك القول قول البائع لانه قد صدقه المشترى عند قبضه اياه وهذا مبنى عنده على أن البيع يجوز بنفس تصديقه .

﴿الباب الثالث في اختلاف المتبايعين في السلم﴾

والمتبايعان في السلم أما أن يختلفا في قدر الثمن أو المثمون وأما في جنسهما وأما في الاجل وأما في مكان قبض السلم . فاما اختلافهم في قدر المسلم فيه فالقول فيه قول المسلم اليه إن أتى بما يشبه والا فالقول أيضا قول المسلم ان أتى أيضا بما يشبه فان أتيا بما لا يشبه فالقياس أن يتحالفا ويتفاسخا . وأما اختلافهم في جنس المسلم فيه فالحكم في ذلك التحالف والتفاسخ مثل أن يقول أحدهما سلمت في تمر ويقول الاخر في قمح . وأما اختلافهم في الاجل فان كان في حلوله فالقول قول المسلم اليه وإن كان في قدره فالقول أيضا قول المسلم اليه الا أن يأتى بما لا يشبه مثل أن يدعى

المسلم وقت ابان المسلم فيه ويدعي المسلم اليه غير ذلك الوقت فالقول قول المسلم .وأما اختلافهم في موضع القبض فالمشهور أن من ادعى موضع عقـد السلم فالقول قوله وان لم يدعه واحـد منهما فالقول قول المسلم اليه وخالف سحنون في الوجه الاول فقال القول قول المسلم اليه وان ادعى القبض في موضع العقد وخالف أبو الفرج في في الموضع الثانى فقال اذا لم يدع واحد منهما موضع العقد تحالفا وتفاسخا ☆ وأما اختلافهم في الثمن فحكمه حكم اختلاف المتبايعين قبل القبض وقد تقدم ذلك .

كتاب بيع الخيار

والنظر في أصول هذا الباب أما أولا فهل يجوز أم لا وان جاز فـكم مدة الخيار وهل يشترط النقد فيه أم لا وممن ضمان المبيع في مدة الخيار وهل يورث الخيار أم لا ومن يصح خياره ممن لا يصح وما يكون من الافعال خياراً كالقول . أما جواز الخيار فعليه الجمهور الا الثورى وابن أبى شبرمة وطائفة من أهل الظاهر وعمـدة الجمهور حديث حبان بن منقذ وفيه ولك الخيار ثلاثا وما روى في حديث ابن عمر : البيعان بالخيار مالم يفترقا الا بيع الخيار وعمدة من منعه انه غرر وأن الاصـل هو اللزوم في البيع الا أن يقوم دليل على جواز البيع على الخيار من كتاب الله أو سنة ثابتة أو اجماع قالوا وحديث حبان أما أنه ليس بصحيح وأما أنه خاص لمـا شكى اليه صلى الله عليه ... يخدع في البيوع قالوا وأما حديث ابن عمر وقوله فيه الا بيع الخيار فقد فسر المعنى المراد بهذا اللفظ وهو ما ورد فيه من لفظ آخر وهو أن يقول أحدهما لصاحبه اختر . وأما مدة الخيار عند الذين قالوا بجوازه فرأى مالك ان ذلك ليس له قدر محدود في نفسه وانه انما يتقدر بتقدر الحاجة الى اختـلاف المبيعات وذلك يتفاوت بتفاوت المبيعات فقال مثل اليوم واليومين في اختيار الثوب والجمعة والخمسة الايام في اختيار الجارية والشـهر ونحوه في اختيار الدار وبالجملة فلا يجوز عنـده الاجـل الطويل الذى فيه فضـل عن اختيـار المبيع وقال الشافعى وأبو حنيفة أجـل الخيار ثلاثة أيام لا يجوز أكثر من ذلك وقال أحمد وأبو يوسف ومحمـد بن الحسن يجوز الخيار لاى مدة اشترطت وبه قال داود واختلفوا في الخيار المطلق دون المقيد بمدة معلومة فقال الثورى والحسن بن حيى وجماعة بجواز اشتراط الخيار مطلقا

ويكون له الخيار أبداً وقال مالك يجوز الخيار المطلق ولكن السلطان يضرب فيه أجل مثله وقال ابو حنيفة والشافعي لا يجوز بحال الخيار المطلق ويفسد البيع واختلف أبو حنيفة والشافعي ان وقع الخيار في الثلاثة الايام زمن الخيار المطلق فقال أبو حنيفة ان وقع في الثلاثة الايام جاز وان مضت الثلاثة فسد البيع وقال الشافعي بل هو فاسد على كل حال فهذه هي أقاويل فقهاء الامصار في مدة الخيار وهي هل يجوز مطلقا أو مقيدا وان جاز مقيدا فكم مقداره. وان لم يجز مطلقا فهل من شرط ذلك أن لا يقع الخيار في الثلاث أم لا يجوز بحال وان وقع في الثلاث فاما أدلتهم فان عمدة من لم يجز الخيار هو ماقلنا. واما عمدة من لم يجز الخيار الا ثلاثا فهو ان الاصل هو أن لا يجوز الخيار فلا يجوز منه الا ماورد فيه النص في حديث منقذ بن حبان أو حبان بن منقذ وذلك كسائر الرخص المستثناة من الاصول مثل استثناء العرايا من المزابنة وغير ذلك قالوا وقد جاء تحديد الخيار بالثلاث في حديث المصراة وهو قوله: من اشترى مصراة فهو بالخيار ثلاثة أيام. وأما حديث منقذ فاشبه طرقه المتصلة مارواه محمد بن اسحاق عن نافع عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لمنقذ وكان يخدع في البيع: اذا بعت فقل لا خلابة وأنت بالخيار ثلاثا. وأما عمدة أصحاب مالك فهو ان المفهوم من الخيار هو اختبار المبيع واذا كان ذلك كذلك وجب أن يكون ذلك محدودا بزمان امكان اختبار المبيع وذلك يختلف بحسب مبيع مبيع فكان النص انما ورد عندهم تنبيها على هذا المعنى وهو عندهم من باب الخاص أريد به العام وعند الطائفة الأولى من باب الخاص اريد به الخاص. وأما اشتراط النقد فانه لا يجوز عند مالك وجميع أصحابه لتردده عندهم بين السلف والبيع وفيه ضعف. وأما ممن ضمان المبيع في مدة الخيار فانهم اختلفوا في ذلك فقال مالك وأصحابه والليث والاوزاعي مصيبته من البائع والمشترى أمين وسواء كان الخيار لهما أو لاحدهما وقد قيل في المذهب انه أن كان هلك بيد البائع فلا خلاف في ضمانه اياه وان كان هلك بيد المشترى فالحكم كالحكم في الرهن والعارية ان كان مما يغاب عليه فضمانه منه وان كان مما لا يغاب عليه فضمانه من البائع وقال أبو حنيفة ان كان شرط الخيار لكليهما أو للبائع وحده فضمانه من البائع والمبيع على ملكه وأما ان كان شرطه المشترى وحده فقد خرج المبيع عن ملك البائع ولم يدخل في ملك المشترى وبقي معلقا حتى ينقضي الخيار وقد قيل عنه ان على المشترى الثمن وهذا يدل على أنه قد دخل عنده في ملك المشترى وللشافعي قولان أشهرهما أن الضمان من المشترى لايهما كان الخيار فعمدة من رأى أن الضمان من البائع على كل حال انه عقد غير

لازم فلم ينتقل الملك عن البائع كما لو قال بعتك ولم يقل المشترى قبلت وعمدة من رأى انه من المشترى تشبيهه بالبيع اللازم وهو ضعيف لقياسه موضع الخلاف على موضع الاتفاق وأما من جعل الضمان لمشترط الخيار اذا شرطه أحدهما ولم يشترطه الثانى فلانه ان كان البائع هو المشترط فالخيار له ابقاء المبيع على ملكه وان كان المشترى هو المشترط له فقط فقد صرفه البائع عن ملكه وأبانه فوجب ان يدخل في ملك المشترى ومن قال يخرج من ملك البائع ولا يدخل في ملك المشترى واذا كان المشترى هو الذى شرطه فقط قال قد خرج عن ملك البائع لانه لم يشترط خيارا ولم يلزم ان يدخل فى ملك المشترى لانه شرط الخيار في رد الآخر له ولكن هذا القول يمانع الحكم فانه لابد ان تكون مصيبته من أحدهما والخلاف آيل الى هل الخيار مشترط لايقاع الفسخ فى البيع أو لتتميم البيع فاذا قلنا بفسخ البيع فقد خرج من ضمان البائع وان قلنا فى تتميمه فهو في ضمانه .

(وأما المسئلة الخامسة) وهي هل يورث خيار المبيع أم لا فان مالكا والشافعى وأصحابهما قالوا يورث وانه اذا مات صاحب الخيار فلورثته من الخيار مثل ماكان له وقال أبو حنيفة وأصحابه يبطل الخيار بموت من له الخيار ويتم البيع وهكذا عنده خيار الشفعة وخيار قبول الوصية وخيار الاقالة وسلم لهم أبو حنيفة خيار الرد بالعيب أعنى أنه قال يورث وكذلك خيار استحقاق الغنيمة قبل القسم وخيار القصاص وخيار الرهن وسلم لهم مالك خيار رد الاب ما وهبه لابنه اعنى انه لم ير لورثة الميت من الخيار فى رد ماوهب لابنه ماجعل له الشرع من ذلك أعنى للاب وكذلك خيار الكتابة والطلاق واللعان ومعنى خيار الطلاق ان يقول الرجل لرجل آخر طلق امرأتى متى شئت فيموت الرجل المجعول له الخيار فان ورثته لايتنزلون منزلته عند مالك وسلم الشافعى ماسلمت المالكية للحنفية من هذه الخيارات وسلم زائداً خيار الاقالة والقبول فقال لايورثان وعمدة المالكية والشافعية ان الاصل هو ان تورث الحقوق والاموال الاماقام دليل على مفارقة الحق في هذا المعنى للمال وعمدة الحنفية ان الاصل هو ان يورث المال دون الحقوق الاماقام دليله من الحاق الحقوق بالاموال * فموضع الخلاف هل الاصل هو أن تورث الحقوق كالاموال أم لا وكل واحد من الفريقين يشبه من هذا مالم يسلمه له خصمه بما يسلمه منها له ويحتج على خصمه فالمالكية والشافعية تحتج على أبى حنيفة بتسليمه وراثة خيار الرد بالعيب ويشبه سائر الخيارات التى يورثها به والحنفية تحتج أيضا على المالكية والشافعية بما تمنع من ذلك وكل واحد منهم يروم أن يعطى فارقا فيما يختلف فيه قوله ومشابها فيما ينفق فيه قوله ويروم في قول خصمه بالضد أعني أن

يعطى فارقا فيما يضعه الخصم متفقا ويعطى أتفاقا فيما يضعه الخصم متباينا مثل ماتقول المالكية انما قلنا ان خيار الاب في رد هبته لايورث لان ذلك خيار راجع الى صفة فى الاب لا توجد فى غيره وهي الابوة فوجب أن لا تورث لا الى صفة في العقد وهذا هو سبب اختلافهم في خيار خيار أعنى أنه من انقدح له في شيء منها أنه صفة العقد ورثه ومن انقدح له أنه صفة خاصة بذى الخيار لم يورثه .

(وأما المسـئلة السادسة) وهي من يصح خياره فانهم اتفقوا على صحة خيار المتبايعين واختلفوا في اشـتراط خيار الاجنبي فقال مالك يجوز ذلك والبيع صحيح وقال الشافعى في أحد قوليه لا يجوز الا أن يوكله الذى جعل له الخيار ولا يجوز الخيار عنده على هذا القول لغير العاقد وهو قول أحمد وللشافعي قول آخر مثل قول مالك وبقول مالك قال أبو حنيفة واتفق المذهب على أن الخيار للاجنبي اذا جعله له المتبايعان وان قوله لازم لهما واختلف المذهب اذا جعله أحدهما فاختلف البائع ومن جعل له البائع الخيار أوالمشترى ومن جعل له المشترى الخيار فقيل القول في الامضاء والرد قول الاجنبي سواء اشترط خياره البائع أوالمشترى وقال عكس هذا القول من جعل خياره هنا كالمشورة وقيل بالفرق بين البائع والمشترى أى ان القول فى الامضاء والرد قول البائع دون الاجنبي وقول الاجنبي دون المشترى ان كان المشترى هو مشترط الخيار وقيل القول قول من أراد منهما الامضاء وان أراد البائع الامضاء وأراد الاجنبي الذى اشترط البائع خياره الرد ووافقه المشترى فالقول قول البائع في الامضاء وان أراد البائع الرد واراد الاجنبي الامضاء ووافقـه المشترى فالقول قول المشترى وكذلك ان اشترط الخيار للاجنبي المشترى فالقول فيهما قول من أراد الامضاء وكذلك الحال في المشترى وقيـل بالفرق فى هذا بين البائع والمشترى أى ان اشـترطه البائع فالقول قول من أراد الامضاء منهما وان اشترطه المشترى فالقول قول الاجنبي وهو ظاهر مافي المدونة وهذا كله ضعيف واختلفوا فيمن اشترط من الخيار مالا يجوز مثل ان يشترط أجلا مجهولا وخياراً فوق الثلاث عنـد من لايجوز الخيار فوق الثلاث أو خيار رجل بعيـد الموضع بعينه أعنى أجنبيا فقال مالك والشافعى لايصح البيع وان اسقط الشرط الفاسد وقال أبو حنيفة يصح البيع مع اسقاط الشرط الفاسد * فأصل الخلاف هل الفساد الواقع في البيع من قبل الشرط يتعدى الى العقد أم لا يتعدى وانما هو في الشرط فقط فمن قال يتعدى أبطل البيع وان أسقطه ومن قال لا يتعدى قال البيع يصح اذا أسقط الشرط الفاسد الا انه يبقى العقد صحيحاً .

كتاب بيع المرابحة

أجمع جمهور العلماء على أن البيع صنفان مساومة ومرابحة وان المرابحة هي ان يذكر البائع للمشترى الثمن الذى اشترى به السلعة ويشترط عليه ربحا ما للدينار أو الدرهم واختلفوا من ذلك بالجملة في موضعين ، أحدهما فيما للبائع أن يعده من رأس مال السلعة مما اتفق على السلعة بعد الشراء مما ليس له أن يعده من رأس المال ، والموضع الثانى اذا كذب البائع للمشترى فاخبر أنه اشتراه با كثر مما اشترى السلعة به أو وهم فاخبر باقل مما اشترى به السلعة ثم ظهر له انه اشتراها بأ كثر ففى هذا الكتاب بحسب اختلاف فقهاء الامصار بابان ، الباب الاول فيما يعد من رأس المال مما لا يعد وفي صفة رأس المال الذى يجوزان يبنى عليه الربح . الثاني في حكم من وقع من الزيادة أوالنقصان فى خبر البائع بالثمن .

(الباب الاول) . فاما مايعد في الثمن مما لايعد فان تحصيل مذهب مالك في ذلك أن ما ينوب البائع على السلعة زائدا على الثمن ينقسم ثلاثة أقسام قسم يعد في أصل الثمن ويكون له حظ من الربح وقسم يعد في أصل الثمن ولا يكون له حظ من الربح وقسم لايعد في أصل الثمن ولا يكون له حظ من الربح . فاما الذى يحسبه في رأس المال ويجعل له حظاً من الربح فهو ما كان مؤثراً في عين السلعة مثل الخياطة والصبغ وأما الذى يحسبه في رأس المال ولا يجعل له حظا من الربح فالا يؤثر فى عين السلعة مما لايمكن البائع ان يتولاه بنفسه كحمل المتاع من بلد الى بلد وكراء البيوت التى توضع فيها . وأما مالا يحتسب فيه في الامرين جميعا فما ليس له تأثير في عين السلعة مما يمكن ان يتولاه صاحب السلعة بنفسه كالسمسرة والطي والشد وقال أبو حنيفة بل يحمل على ثمن السلعة كل ما نابه عليها وقال أبو ثور لا تجوز المرابحة الا بالثمن الذى اشترى به السلعة فقط الا ان يفصل ويفسخ عنده أن وقع قال لانه كذب لانه يقول له ثمن سلعتى كذا وكذا وليس الامر كذلك وهو عنده من باب الغش . واما صفة رأس الثمن الذى يجوزان يجبربه فان مالكا والليث قالا فيمن اشترى سلعة بدنانير والصرف يوم اشتراها صرف معلوم تغير الى زيادة انه ليس له ان يعلم يوم باعها بالدنانير التى اشتراها الا انه من باب الكذب والخيانة وكذلك ان اشتراها بدراهم ثم باعها بدنانير وقد تغير الصرف واختلف أصحاب مالك من هذا الباب فيمن ابتاع سلعة بعروض هل يجوز له ان يبيعها مرابحة أم لا يجوز فاذا قلنا بالجواز فهل يجوز بقيمة العرض أو بالعرض نفسه

فقال ابن القاسم يجوز له بيعها على ما اشتراه به من العروض ولا يجوز على القيمة وقال أشهب لا يجوز لمن اشترى سلعة بشيء من العروض ان يبيعها مرابحة لانه يطالبه بعرض على صفة عرضه وفي الغالب ليس يكون عنده فهو من باب بيع ما ليس عنده واختلف مالك وأبو حنيفة فيمن اشترى سلعة بدنانير فأخذ في الدنانير عروضاً أو دراهم هل يجوز له بيعها مرابحة دون ان يعلم بما نقد أم لا يجوز فقال مالك لا يجوز الا ان يعلم ما انقد وقال أبو حنيفة يجوز ان يبيعها منه مرابحة على الدنانير التى ابتاع بها السلعة دون العروض التى أعطى فيها أو الدراهم وقال مالك أيضا فيمن اشترى سلعة باجل فباعها مرابحة انه لا يجوز حتى يعلم بالاجل وقال الشافعى ان وقع كان للمشترى مثل أجله وقال أبو ثور هو كالعيب وله الرد به وفي هذا الباب في المذهب فروع كثيرة ليست مما قصدناه.

(الباب الثانى) واختلفوا فيمن ابتاع سلعة مرابحة على ثمن ذكره ثم ظهر بعد ذلك. اما باقراره. واما ببينة ان الثمن كان أقل والسلعة قائمة فقال مالك وجماعة المشترى بالخيار اما ان يأخذ بالثمن الذى صح أو يترك اذا لم يلزمه البائع أخذها بالثمن الذى صح وان الزمه لزمه وقال أبو حنيفة وزفر بل المشتري بالخيار على الاطلاق ولا يلزمه الاخذ بالثمن الذى ان الزمه البائع لزمه وقال الثورى وابن أبى ليلى وأحمد وجماعة بل يبقى البيع لازما لهما بعد حط الزيادة وعن الشافعى القولان القول بالخيار مطلقا والقول باللزوم بعد الحط فحجة من أوجب البيع بعد الحط ان المشترى انما اربحه على ما ابتاع به السلعة لا غير ذلك فلما ظهر خلاف ما قال وجب أن يرجع الى الذى ظهر كما لو أخذه بكيل معلوم فخرج بغير ذلك الكيل انه يلزمه توفية ذلك الكيل وحجة من رأى ان الخيار مطلقا تشبيه الكذب في هذه المسئلة بالعيب أعنى انه كما يوجب العيب الخيار كذلك يوجب الكذب. واما اذا فاتت السلعة فقال الشافعى يحط مقدار ما زاد من الثمن وما وجب له من الربح وقال مالك أن كانت قيمتها يوم القبض أو يوم البيع على خلاف عنه في ذلك مثل ما وزن المبتاع أو أقل فلا يرجع عليه المشترى بشيء وأن كانت القيمة أقل خير البائع بين رده للمشترى القيمة أو رده الثمن أو امضائه السلعة بالثمن الذى صح. واما اذا باع الرجل سلعته مرابحة ثم أقام البينة ان ثمنها أكثر مما ذكره وأنه وهم في ذلك وهي قائمة فقال الشافعى لا يسمع من تلك البينة لانه كذبها وقال مالك يسمع منها ويجبر المبتاع على ذلك الثمن وهذا بعيد لانه بيع آخر وقال مالك في هذه المسئلة اذا فاتت السلعة ان المبتاع مخيرين ان يعطى قيمة السلعة يوم قبضها أو ان يأخذها بالثمن الذى صح فهذه هي مشهورات

مسائلهم في هـذا الباب ومعرفة أحكام هذا البيع تنبنى في مذهب مالك على معرفة أحكام ثلاث مسائل وما تركب منها حكم مسئلة الكذب وحكم مسئلة الغش وحكم مسـئلة وجود العيب . فاما حكم الكذب فقد تقدم . واما حكم الرد بالعيب فهو حكمه فى البيع المطلق . واما حكم الغش عنده فهو تخيير البائع مطلقا وليس للبائع ان يلزمه البيع وان حط عنه مقدار الغش كماله ذلك فى مسئلة الكذب هذا عند ابن القاسم . وأما عند أشهب فان الغش عنده ينقسم قسمين قسم مؤثر فى الثمن وقسم غير مؤثر . فاما غير المؤثر فلا حكم عنده فيه . وأما المؤثر فحكمه عنده حكم الكذب وأما التى تتركب فهى أربع مسائل كذب وغش وكذب وتدليس وغش وتدليس بعيب وكذب وغش وتدليس بعيب وأصل مذهب ابن القاسم فيها أنه يأخذ بالذى بقى حكمه ان كان فات بحكم احدهما أو بالذى هو أرجح له ان لم يفت حكم أحدهما . اما على التخيير حيث يمكن التخيير أو الجمع حيث يمكن الجمع وتفصيل هذا لائق بكتب الفروع أعنى مذهب ابن القاسم وغيره .

﴿ كتاب بيع العرية ﴾

إختلف الفقهاء في معنى العرية والرخصة التى أتت فيها في السنة فحكى القاضى ابو محمد عبد الوهاب المالكى أن العرية في مذهب مالك هى ان يهب الرجل ثمرة نخلة أو نخلات من حائطه لرجل بعينه فيجوز للمعرى شراؤها من المعرى له بخرصها تمرا على شروط اربعة . أحدها ان تزهى والثانى ان تكون خمسة اوسق فما دون فان زادت فلا يجوز . والثالث ان يعطيه التمر الذى يشتريها به عند الجذاذ فان اعطاه نقدا لم يجز . والرابع ان يكون التمر من صنف تمر العرية ونوعها فعلى مذهب مالك الرخصة في العرية انما هى في حق المعرى فقط والرخصة فيها انما هى استثناؤها من المزابنـة وهى بيع الرطب بالتمر الجاف الذى ورد النهى عنه ومن صنفى الربا أيضا أعنى التفاضل والنساء وذلك انه بيع تمر معلوم الكيل بثمر معلوم بالتخمين وهو الخرص فيدخله بيع الجنس الواحد متفاضلا وهو أيضا تمر بثمر الى أجل فهذا هو مذهب مالك فيما هى العرية وماهى الرخصة فيها ولمن الرخصة فيها . واما الشافعى فمعنى الرخصة الواردة عنده فيها ليست للمعرى خاصة وإنمـا هي لـكل أحد من الناس أراد ان يشترى هـذا القدر من التمر أعنى الخمسة اوسق أوما دون ذلك بتمر مثلها وروى أن الرخصة فيها إنمـا هي مطلقة بهذا القدر من التمر لضرورة الناس ان يأكلوا رطبا وذلك لمن ليس عنده رطب ولا تمر يشترى به الرطب والشافعى يشترط فى أعطاء التمر الذى تباع

به العرية أن يكون نقدا ويقول ان تفرقا قبل القبض فسد البيع والعرية جائزة عند مالك فى كل مايبس ويدخر وهي عند الشافعي في التمر والعنب فقط ولا خلاف في جوازها فيما دون الخمسة الاوسق عند مالك والشافعي وعنهما الخلاف اذا كانت خمسة أوسق فروى الجواز عنهما والمنع والاشهر عند مالك الجواز فالشافعي يخالف مالكا في العرية في اربعة مواضع ، أحدها في سبب الرخصة كما قلنا ، والثانى أن العرية التى رخص فيها ليست هبة وانما سميت هبة على التجوز ، والثالث في اشتراط النقد عند البيع ، والرابع في محلها فهى عنده كما قلنا في التمر والعنب فقط وعند مالك في كل مايدخر وييبس وأما أحمد بن حنبل فيوافق مالكا في أن العرية عنده هي الهبة ويخالفه في أن الرخصة انما هي عنده فيها للموهوب له اعنى المعرى له لا للمعرى وذلك انه يرى ان له ان يبيعها ممن شاء بهذه الصفة لا من المعرى خاصة كما ذهب اليه مالك وأما ابو حنيفة فيوافق مالكا في ان العرية هي الهبة ويخالفه فى صفة الرخصة وذلك أن الرخصة عنده فيها ليست هي من باب استثنائها من المزابنة ولا هي فى الجملة في البيع وانما الرخصة عنده فيها من باب رجوع الواهب في هبته اذ كان الموهوب له لم يقبضها وليست عنده ببيع وانما هي رجوع في الهبة على صفة مخصوصة وهو أن يعطى بدلها تمراً بخرصها وعمدة مذهب مالك في العرية انها بالصفة التى ذكر سنتها المشهورة عندهم بالمدينة قالوا وأصل هذا ان الرجل كان يهب النخلات من حائطه فيشق عليه دخول الموهوب له عليه فأبيح له أن يشتريها بخرصها تمراً عند الجذاذ ومن الحجة في ان الرخصة انما هي للمعرى حديث سهل بن أبى حثمة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم : نهى عن بيع التمر بالرطب الا انه رخص في العرية أن تباع بخرصها يأكلها أهلها رطبا قالوا فقوله يأكلها رطبا دليل على ان ذلك خاص بمعريها لانهم في ظاهر هذا القول أهلها ويمكن ان يقال أهلها هم الذين اشتروها كائنا من كان لكن قوله رطبا هو تعليل لايناسب المعرى وعلى مذهب الشافعي هو مناسب وهم الذين ليس عندهم رطب ولا تمر يشترونها به ولذلك كانت الحجة للشافعي وأما أن العرية عنده هي الهبة فالدليل على ذلك من اللغة فان أهل اللغة قالوا العرية هى الهبة واختلف في تسميتها بذلك فقيل لانها عريت من الثمن وقيل انها مأخوذة من عروت الرجل أعروه اذا سألته ومنه قوله تعالى « وأطعموا القانع والمعتر » وإنما اشترط مالك نقد الثمن عند الجذاذ أعنى تأخيره الى ذلك الوقت لانه ثمر ورد الشرع بخرصه فكان من سنته أن يتأجل الى الجذاذ أصله الزكاة وفيه ضعف لانه مصادمة بالقياس لاصل السنة وعنده أنه اذا تطوع بعد تمام العقد بتعجيل التمر جاز . وأما اشتراطه جوازها في الخمسة الاوسق أوفيما دونها فلما رواه عن أبى هريرة أن رسول الله صلى الله عليه

وسلم : أرخص فى بيبع العرايا بخرصها فيما دون خمسة أوسق أو في خمسة أوسق وانما كان عن مالك في الخمس الاوسق روايتان الشك الواقع في هـذا الحديث من الراوى وأما اشتراطه أن يكون من ذلك الصنف بعينه اذا يبس فلما روى عن زيد ابن ثابت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم : رخص لصاحب العرية أن يبيعها بخرصها تمرا خرجه مسلم وأما الشافعى فعمدته حديث رافع بن خديج وسهل بن أبى حثمة عن النبى صلى الله عليه وسلم . أنه نهى عن المزابنة التمر بالتمر إلا أصحاب العرايا فانه أذن لهم فيه وقوله فيها يأكلها أهلها رطبا والعرية عنـدهم هي اسم لما دون الخمسة الاوسق من التمر وذلك انه لما كان العرف عندهم أن يهب الرجل في الغالب من نحلاته هذا القدر فما دونه خص هذا القدر الذى جاءت فيه الرخصة باسم الهبة لموافقته في القدر للهبة وقد احتج لمذهبه بما رواه باسناد منقطع عن محمود بن لبيد أنه قال لرجـل من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم : إما زيد بن ثابت وإما غيره ما عراياكم هـذه قال فسمى رجالا محتاجين من الانصار شكوا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم ان الرطب أتى وليس بأيديهم نقد يبتاعون به الرطب فيأكلونه مع الناس وعندهم فضـل من قوتهم من التمر فرخص لهم أن يبتاعوا العرايا بخرصها من التمر الذى بايديهم يأكلونها رطبا وانمـا لم يجز تأخير نقد التمر لانه بيع الطعام بالطعام نسيئة واما احمد فحجته ظاهر الاحاديث المتقدمة انه رخص في العرايا ولم يخص المعرى من غيره وأما أبوحنيفة فلما لم تجز عنده المزابنة وكانت ان جعلت بيعا نوعا من المزابنة رأى ان انصرافها الى المعرى ليس هو من باب البيع وانما هو من باب رجوع الواهب فيما وهب باعطاء خرصها تمرا وتسمية اياها بيعا عنده مجاز وقد التفت الى هذا المعنى مالك في بعض الروايات عنه فلم يجز بيعها بالدراهم ولا بشىء من الاشياء سوى الخرص وان كان المشهور عنه جواز ذلك وقد قيل ان قول ابى حنيفة هذا هو من باب تغليب القياس على الحديث وذلك انه خالف الاحاديث في مواضع . منها انه لم يسمها بيعا وقد نص الشارع على تسميتها بيعا . ومنها انه جاء في الحديث أنه نهى عن المزابنة ورخص في العرايا وعلى مذهبـه لا تكون العرية استثناء من المزابنة لان المزابنة هى في البيع والعجب منه أنه سهل عليه أن يستثنيها من النهى عن الرجوع في الهبة التى لم يقع فيها استثناء بنص الشرع وعسر عليه ان يستثنيها مما استثنى منه الشارع وهى المزابنة والله أعلم .

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما

(كتاب الاجارات)

والنظر في هذا الكتاب شبيه بالنظر في البيوع أعني أن أصوله تنحصر بالنظر في أنواعها وفي شروط الصحة فيها والفساد وفي أحكامها وذلك في نوع نوع منها أعني فيما يخص نوعا نوعا منها وفيما يعم أكثر من واحد منها فهذا الكتاب ينقسم أولا الى قسمين، القسم الاول في أنواعها وشروط الصحة والفساد، والثاني في معرفة أحكام الاجارات وهذا كله بعد قيام الدليل على جوازها فلنذكر أولا ما في ذلك من الخلاف ثم نسير الى ذكر ما في ذينك القسمين من المسائل المشهورة اذ كان قصدنا انما هو ذكر المسائل التي تجري من هذه الاشياء مجرى الامهات وهي التي اشتهر فيها الخلاف بين فقهاء الامصار (فنقول) ان الاجارة جائزة عند جميع فقهاء الامصار والصدر الاول . وحكي عن الاصم وابن علية منعها ودليل الجمهور قوله تعالى « اني أريد أن أنكحك إحدى ابنتي هاتين » الآية وقوله « فان أرضعن لكم فآتوهن أجورهن » ومن السنة الثابتة ماخرجه البخاري عن عائشة قالت استأجر رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبو بكر رجلا من بني الديل هاديا خريتا وهو على دين كفار قريش فدفعا اليه راحلتيهما وواعداه غار ثور بعد ثلاث ليال براحلتيهما وحديث جابر أنه باع من النبي صلى الله عليه وسلم بعيرا وشرط ظهره الى المدينة وماجاز استيفاؤه بالشرط جاز استيفاؤه بالاجر . وشبهة من منع ذلك أن المعاوضات انما يستحق فيها تسليم الثمن بتسليم العين كالحال في الاعيان المحسوسة والمنافع في الاجارات في وقت العقد معدومة فكان ذلك غررا ومن بيع مالم يخلق ونحن نقول انها وان كانت معدومة في حال العقد فهي مستوفاة في الغالب. والشرع انما لحظ من هذه المنافع مايستوفي في الغالب أو يكون استيفاؤه وعدم استيفائه على السواء .

﴿ القسم الاول ﴾

وهذا القسم النظر فيه في جنس الثمن وجنس المنفعة التي يكون الثمن مقابلا له وصفتها.

فاما الثمن فينبغى أن يكون مما يجوز بيعه وقد تقدم ذلك من باب البيوع : وأما المنفعة فينبغى أن تكون من جنس ما لم ينه الشرع عنه وفي كل هذه مسائل أتفقوا عليها واختلفوا فيها فمما اجتمعوا على ابطال اجارته كل منفعة كانت لشيء محرم العين وكذلك كل منفعة كانت محرمة بالشرع مثل أجر النوائح وأجر المغنيات وكذلك كل منفعة كانت فرض عين على الانسان بالشرع مثل الصلاة وغيرها واتفقوا على اجارة الدور والدواب والناس على الافعال المباحة وكذلك الثياب والبسط واختلفوا في اجارة الارضين وفي اجارة المياه وفي اجارة المؤذن وفي الاجارة على تعليم القرآن وفي اجارة نزو الفحول . فاما كراء الارضين فاختلفوا فيها اختلافا كثيرا فقوم لم يجيزوا ذلك بتة وهم الاقل وبه قال طاوس وأبو بكر بن عبد الرحمن وقال الجمهور بجواز ذلك واختلف هؤلاء فيما يجوزبه كراؤها فقال قوم لا يجوز كراؤها الا بالدراهم والدنانير فقط وهومذهب ربيعة وسعيد بن المسيب وقال قوم يجوز كراء الارض بكل شيء ما عدى الطعام وسواء كان ذلك بالطعام الخارج منها أولم يكن وماعدا ماينبت فيها كان طعاما أو غيره والى هذا ذهب مالك وأكثر أصحابه وقال آخرون يجوز كراء الارض بما عدا الطعام فقط وقال آخرون يجوز كراء الارض بكل العروض والطعام وغير ذلك مالم يكن بجزء مما يخرج منها من الطعام وممن قال بهذا القول سالم بن عبد الله وغيره من المتقدمين وهو قول الشافعي وظاهر قول مالك في الموطأ وقال قوم يجوز كراؤها بكل شيء وبجزء مما يخرج منها وبه قال احمد والثوري والليث وأبو يوسف ومحمد صاحبا أبي حنفة وابن أبي ليلى والاوزاعي وجماعة وعمدة من لم يجز كراءها بحال ماروواه مالك بسنده عن رافع بن خديج أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن كراء المزارع قالوا وهذا عام وهؤلاء لم يلتفتوا الى ماروى مالك من تخصيص الراوى له حين روى عنه قال حنظلة فسالت رافع بن خديج عن كرائها بالذهب والورق فقال لاباس به وروى هذا عن رافع وابن عمر وأخذ بعمومه وكان ابن عمر قبل يكرى أرضه فترك ذلك وهذا بناء على رأى من يرى انه لا يخصص العموم بقول الراوى وروى عن رافع بن خديج عن أبيه قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن اجارة الارضين قال أبو عمر بن عبد البر واحتجوا أيضا بحديث ضمرة عن ابن شوذب عن مطرف عن عطاء عن جابر قال خطبنا رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : من كانت له أرض فليزرعها أو ليزرعها ولا يؤاجرها فهذه هى جملة الاحاديث التى تمسك بها من لم يجز كراء الارض وقالوا أيضا من جهة المعنى أنه لم يجز كراؤها لما في ذلك من الغرر لانه ممكن أن يصيب الزرع جائحة من نار أو قحط أو غرق فيكون قد لزمه كراؤها من غير أن

ينتفع من ذلك بشيء * قال القاضي ويشبه أن يقال في هـذا ان المعنى في ذلك قصد الرفق بالناس لكثرة وجود الارض كما نهى عن بيع الماء ووجه الشبه بينهما انهما أصلا الخلقة . وأما عمدة من لم يجز كراءها الا بالدراهم والدنانير فحديث طارق بن عبدالرحمن عن سعيد بن المسيب عن رافع بن خديج عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال انما يزرع ثلاثة رجل له أرض فيزرعها رجل منح أرضا فهو يزرع مامنح ورجل اكترى بذهب أو فضة قالوا فلا يجوز أن يتعدى مافي هذا الحديث والاحاديث الاخر مطلقة وهذا مقيد ومن الواجب حمل المطلق على المقيد وعمدة من أجاز كراءها بكل شيء ماعدا الطعام وسواء كان الطعام مدخرا أو لم يكن حديث يعلى بن حكيم عن سليمان بن يسار عن رافع بن خديج قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : من كانت له أرض فليزرعها أو ليزرعها أخاه ولايكرها بثلث ولاربع ولابطعام معين قالوا وهـذا هو معنى المحاقلة التي نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم وذكروا حـديث سعيد بن المسيب مرفوعا وفيه والمحاقلة استكراء الارض بالحنطة قالوا وأيضا فانه من باب بيع الطعام بالطعام نسيئة وعمدة من لم يجز كراءها بالطعام ولا بشيء مما يخرج منها أما بالطعام فحجته حجة من لم يجز كراءها بالطعام وأما حجته على منع كرائها مما تنبت فهو ماورد من نهيه صلى الله عليه وسلم عن المخابرة قالوا وهي كراء الارض بما يخرج منها وهذا قول مالك وكل أصحابه وعمدة من أجاز كراءها بجميع العروض والطعام وغير ذلك مما يخرج منها انه كراء منفعة معلومة بشيء معلوم فجاز قياسا على اجازة سائر المنافع وكان هؤلاء ضعفوا أحاديث رافع روى عن سالم بن عبد الله وغيره في حديث رافع انهم قالوا اكترى رافع قالوا وقد جاء في بعض الروايات عنه مايجب أن يحمل عليها سائرها قال كنا أكثر أهل المدينة حقلا قال وكان أحدنا يكرى أرضه ويقول هذه القطعة لي وهذه لك وربما أخرجت هذه ولم تخرج هذه فنهاهم النبي صلى الله عليه وسلم خرجه البخاري وأما من لم يجز كراءها بما يخرج منها فعمدته النظر والاثر . أما الاثر فما ورد من النهي عن المخابرة وما ورد من حديث ابن خديج عن ظهير بن نافع قال نهانا رسول الله صلى الله عليه وسلم عن أمر كان بنا رفقا فقلت ماقال رسول الله صلى الله عليه وسلم فهو حق قال دعاني رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال ماتصنعون بمحاقلكم قلنا نؤاجر على الربع وعلى الاوسق من التمر والشعير فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لاتفعلوا ازرعوها أو زارعوها أوامسكوها وهذا الحديث اتفق على تصحيحه الامامان البخاري ومسلم. وأما من أجاز كراءها بما يخرج منها فعمدته حديث ابن عمر الثابت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم دفع الى يهود خيبر نخل خيبر وأرضها على أن يعملوها من أموالهم

على نصف ماتخرجه الارض والثمرة قالوا وهذا الحديث أولى من أحاديث رافع لأنها مضطربة المتون وإن صحت أحاديث رافع حملناها على الكراهية لاعلى الحظر بدليل ماخرجه البخارى ومسلم عن ابن عباس أنه قال ان النبى صلى الله عليه وسلم لم ينه عنها ولكن قال ان يمنح أحدكم أخاه يكن خيرا له من أن يأخذ منه شيأ قالوا وقدم معاذ ابن جبل اليمن حين بعثه رسول الله صلى الله عليه وسلم وهم يخابرون فأقرهم .

(وأما اجارة المؤذن) فان قوم مالم يروا في ذلك بأسا وقوما كرهوا ذلك والذين كرهوا ذلك وحرموه احتجوا بماروى عن عثمان بن أبى العاص قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: اتخذ مؤذنا لايأخذ على آذانه أجرا. والذين أباحوه قاسوه على الافعال غير الواجبة وهذا هو سبب الاختلاف أعنى هل هو واجب ام ليس بواجب . وأما الاستئجار على تعليم القرآن فقد اختلفوا فيه أيضا وكرهه قوم وأجازه آخرون والذين أباحوه قاسوه على سائر الافعال واحتجوا بما روى عن خارجة بن الصامت عن عمه قال أقبلنا من عند رسول الله صلى الله عليه وسلم فأتينا على حى من أحياء العرب فقالوا انكم جئتم من عند هذا الحبر فهل عندكم دواء أورقية فان عندنا معتوها فى القيود فقلنا لهم نعم فجاؤا به فجعلت أقرأ عليه بفاتحة الكتاب ثلاثة أيام غدوة وعشية أجمع ريقى ثم أتفل عليه فكأنما أنشط من عقال فأعطونى جعلا فقلت لاحتى أسأل رسول الله صلى الله عليه وسلم فسألته فقال كل فلعمرى لمن أكل برقية باطلا فلقد أكلت برقية حقا وبما روى عن أبى سعيد الخدرى أن أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم كانوا فى غزاة فمروا بحى من أحياء العرب فقالوا هل عندكم من راق فان سيد الحى قد لدغ أو عرض له قال فرقى رجل بفاتحة الكتاب فبرىء فأعطى قطيعا من الغنم فأبى ان يقبلها فسأل عن ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال بم رقيته قال بفاتحة الكتاب قال ومايدريك أنها رقية قال ثم قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : خذوها واضربوا لى معكم فيها بسهم وأما الذين كرهوا الجعل على تعليم القرآن فقالوا هو من باب الجعل على تعليم الصلاة قالوا ولم يكن الجعل المذكور فى الاجارة على تعليم القرآن وانما كان على الرقى وسواء كان الرقى بالقرآن أو غيره الاستئجار عندنا جائز كالعلاجات قالوا وليس واجبا على الناس وأما تعليم القرآن فهو واجب على الناس . وأما اجارة الفحول من الابل والبقر والدواب فأجاز مالك أن يكرى الرجل فحله على ان ينزو اكوامامعلومة ولم يجز ذلك أبو حنيفة ولا الشافعى وحجة من لم يجز ذلك ماجاء من النهى عن عسيب الفحل ومن اجازه شبهه بسائر المنافع وهذا ضعيف لانه تغليب القياس على السماع واستئجار الكلب هو أيضا من هذا الباب وهو لايجوز عند الشافعى ولاعند مالك والشافعى

يشترط في جواز استئجار المنفعة أن تكون متقومة على انفرادها فلا يجوز استئجار تفاحة للشم ولا طعام لتزيين الحانوت اذ هذه المنافع ليس لها قيم على انفرادها فهو لايجوز عند مالك ولا عند الشافعي ومن هذا الباب اختلاف المذهب في اجارة الدراهم والدنانير وبالجملة كل مالايعرف بعينه فقال ابن القاسم لايصح اجارة هذا الجنس وهو قرض وكان أبو بكر الابهرى وغيره يزعم أن ذلك يصح وتلزم الاجرة فيه وانما منع من منع اجارتها لانه لم يتصور فيها منفعة الا باتلاف عينها ومن أجاز اجارتها تصور فيها منفعة مثل أن يتجمل بها أو يتكثر أو غير ذلك مما يمكن أن يتصور فى هذا الباب فهذه هى مشهورات مسائل الخلاف المتعلقة بجنس المنفعة . وأما مسائل الخلاف المتعلقة بجنس الثمن فهى مسائل الخلاف المتعلقة بما يجوز أن يكون ثمنا في المبيعات ومالايجوز ومما ورد النهى فيه من هذا الباب ماروى انه صلى الله عليه وسلم نهى عن عسيب الفحل وعن كسب الحجام وعن قفيز الطحان قال الطحاوى ومعنى نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن قفيز الطحان هو ما كانوا يفعلونه في الجاهلية من دفع القمح الى الطحان بجزء من الدقيق الذى يطحنه قالوا وهذا لايجوز عندنا وهو استئجار من المستأجر بعين ليس عنده ولاهى من الاشياء التى تكون ديونا على الذمم ووافقه الشافعي على هذا وقال أصحابه لو استأجر السلاخ بالجلد والطحان بالنخالة أو بصاع من الدقيق فسد لنهيه صلى الله عليه وسلم عن قفيز للطحان وهذا على مذهب مالك جائز لانه استأجره على جزء من الطعام معلوم وأجرة الطحان ذلك الجزء وهو معلوم أيضا وأما كسب الحجام فذهب قوم الى تحريمه وخالفهم في ذلك آخرون فقالوا كسبه ردىء يكره للرجل وقال آخرون بل هو مباح ☆ والسبب فى اختلافهم تعارض الآثار في هذا الباب فمن رأى أنه حرام احتج بما روى عن أبى هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : من السحت كسب الحجام وبما روى عن أنس بن مالك قال : حرم رسول الله صلى الله عليه وسلم كسب الحجام وروى عن عون بن أبى جحيفة قال اشترى أبى حجاما فكسر محاجمه فقلت له يا أبت لم كسرتها فقال ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن ثمن الدم . وأما من رأى أباحة ذلك فاحتج بما روى عن ابن عباس قال : احتجم رسول الله صلى الله عليه وسلم وأعطى الحجام أجرة قالوا ولو كان حراما لم يعطه وحديث جابر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم : دعا ابا طيبة فحجمه فسأله كم ضريبتك فقال ثلاثة آصع فوضع عنه صاعا وعنه ايضا أنه أمر للحجام بصاع من طعام وأمر مواليه ان يخففوا عنه . وأما الذين قالوا بكراهيته فاحتجوا بما روى أن رفاعة بن

رافع أو رافع بن رفاعة جاء الى مجلس الانصار فقال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن كسب الحجام وامرنا أن نطعمه ناضحنا وبما روى عن رجل من بنى حارثة كان له حجام وسال رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فنهاه ثم عاد فنهاه ثم عاد فنهاه فلم يزل يراجعه حتى قال له رسول الله صلى الله عليه وسلم : اعلف كسبه ناضحك وأطعمه رقيقك .
(ومن هذا الباب أيضا) اختلافهم في اجارة دار بسكنى دار أخرى فاجاز ذلك مالك ومنعه أبو حنيفة ولعله رآها من باب الدين بالدين وهذا ضعيف فهذه مشهورات مسائلهم فيما يتعلق بجنس الثمن وبجلس المنفعة وأما ما يتعلق باوصافها فنذكر أيضا المشهور منها فمن ذلك ان جمهور فقهاء الامصار مالك وأبو حنيفة والشافعي اتفقوا بالجملة ان من شرط الاجارة أن يكون الثمن معلوما والمنفعة معلومة القدر وذلك اما بغايتها مثل خياطة الثوب وعمل الباب وأما بضرب الاجل اذا لم تكن لها غاية مثل خدمة الاجير وذلك أما بالزمان ان كان عملا واستيفاء منفعة متصلة الوجود مثل كراء الدور والحوانيت وأما بالمكان ان كان مشيا مثل كراء الرواحل وذهب أهل الظاهر وطائفة من السلف الى جواز اجارة المجهولات مثل أن يعطى الرجل حماره لمن يسقى عليه أو يحتطب عليه بنصف ما يعود . عليه وعمدة الجمهور ان الاجارة بيع فامتنع فيها من الجهل لمكان الغبن ماامتنع في المبيعات . واحتج الفريق الثانى بقياس الاجارة على القراض والمساقاة والجمهور على ان القراض والمساقاة مستثنيان بالسنة فلا يقاس عليهما لخروجهما عن الاصول واتفق مالك والشافعي على انهما اذا ضربا للمنفعة التى ليس لها غاية امدا من الزمان محدودا وحدودا أيضا أول ذلك الأمد وكان أوله عقب العقد ان ذلك جائز واختلفوا اذا لم يحدودا أول الزمان أو حددوه ولم يكن عقب العقد فقال مالك يجوز اذا حدد الزمان ولم يحدد أوله مثل أن يقول له استأجرت منك هذه الدار سنة بكذا اوشهرا بكذا ولايذكر اول ذلك الشهر ولا أول تلك السنة وقال الشافعي لايجوز ويكون أول الوقت عند مالك وقت عقد الاجارة فمنعه الشافعي لانه غرر وأجازه مالك لانه معلوم بالعادة وكذلك لم يجز الشافعي اذا كان أول العقد متراخيا عن العقد وأجازه مالك واختلف قول أصحابه في استئجار الارض غير المأمونة التغيير فيما بعد من الزمان وكذلك اختلف مالك والشافعي في مقدار الزمان الذى تقدر به هذه المنافع فمالك يجيز ذلك السنين الكثيرة مثل أن يكرى الدار لعشرة أعوام أو أكثر مما لاتتغير الدار فى مثله وقال الشافعي لايجوز ذلك لاكثر من عام واحد . واختلف قول ابن القاسم وابن الماجشون فى أرض المطر وأرض السقى بالعيون وأرض السقى بالآبار والأنهار فاجاز ابن القاسم فيها الكراء السنين الكثيرة وفصل ابن الماجشون فقال لا

يجوز الكراء في أرض المطر الا لعام واحد وأما أرض السقي بالعيون فلا يجوز كراؤها الا لثلاثة أعوام وأربعة وأما أرض الآبار والانهار فلا يجوز الا لعشرة أعوام فقط فالاختلاف ههنا في ثلاثة مواضع في تحديد أول المدة وفي طولها وفي بعدها من وقت العقد . وكذلك اختلف مالك والشافعي اذا لم يحدد المدة وحدد القدر الذي يجب لاقل مدة مثل ان يقول أكترى منك هــذه الدار الشهر بكذا ولايضربان لذلك أمدا معلوما فقال الشافعي لايجوز وقال مالك وأصحابه يجوز على قياس أبيعك من هذه الصبرة بحساب القفيز بدرهم وهذا لا يجوزه غيره ✡ وسبب الخلاف اعتبار الجهل الواقع في هذه الاشياء هل هو من الغرر المعفو عنه أو المنهي عنه ومن هذا الباب اختلافهم في البيع والاجارة أجازه مالك ومنعه الشــافعي وأبو حنيفة ولم يجز مالك أن يقترن بالبيع الا الاجارة فقط ومن هذا الباب اختلافهم في اجارة المشاع فقال مالك والشافعي هي جائزة وقال أبو حنيفة لا تجوز لان عنــده أن الانتفاع بها مع الاشاعة متعذر وعند مالك والشافعي ان الانتفاع بها ممكن مع شريكه كانتفاع المــكرى بها مع شريكه أعني رب المال ومن هذا الباب اســتئجار الاجير بطعامه وكسوته وكذلك الظئر فمنع الشافعي ذلك على الاطلاق وأجاز مالك ذلك على الاطلاق أعني في كل أجير وأجاز ذلك أبو حنيفة في الظئر فقط ✡ وسبب الخلاف هل هي اجارة مجهولة أم ليست مجهولة فهذه هي شرائط الاجارة الراجعة الى الثمن والمثمون. وأما أنواع الاجارة فان العلماء على أن الاجارة على ضربين اجارة منافع أعيان محسوسة واجارة منافع في الذمة قياسا على البيع والذي في الذمة من شرطه الوصف والذي في العين من شرطه الرؤية أو الصفة عنده كالحال في المبيعات ومن شرط الصفة عنده ذكر الجنس والنوع وذلك في الشيء الذي تستوفي منافعه وفي الشيء الذي تستوفي به منافعه فلا بد من وصف المركوب مثلا والحمل الذي تستوفي به منفعة المركوب وعند مالك ان الراكب لايحتاج ان يوصف وعنــد الشافعي يحتاج الى الوصف وعند ابن القاسم انه اذا استأجر الراعي على غنم باعيانها ان من شرط صحة العقد اشتراط الخلف وعند غيره تلزم الجملة بغير شرط ومن شرط اجارة الذمة ان يعجل النقد عند مالك ليخرج من الدين بالدين كما أن من شرط اجارة الارض غير المأمونة السقي عنده أن لا يشترط فيها النقد الا بعد الري. واختلفوا في الكراء هل يدخل في أنواعه الخيار أم لا فقال مالك يجوز الخيار في الصنفين من الكراء المضمون والمعين، وقال الشافعي لايجوز فهذه هي المشهورات من المسائل الواقعة في هــذا القسم الاول من هذا الكتاب وهو الذي يشتمل على النظر في محال هــذا

العقد واوصافه وأنواعه وهي الاشياء التى تجرى من هذا العقد مجرى الأركان وبها يوصف العقد اذا كان على الشروط الشرعية بالصحة وبالفساد اذا لم يكن على ذلك وبقى النظر في الجزء الثانى وهو أحكام هذا العقد .

﴿ الجزء الثانى من هذا الكتاب وهو النظر في أحكام الاجارات ﴾

واحكام الاجارات كثيرة ولكنها بالجملة تنحصر في جملتين ، الجملة الاولى فى موجبات هذا العقد ولوازمه من غير حدوث طارىء عليه ، الجملة الثانية في أحكام الطوارىء وهذه الجملة تنقسم في الاشهر الى معرفة موجبات الضمان وعدمه ومعرفة وجوب الفسخ وعدمه ومعرفة حكم الاختلاف .

(الجملة الاولى) ومن مشهورات هذا الباب متى يلزم المكرى دفع الكراء اذا أطلق العقد ولم يشترط قبض الثمن فعند مالك وأبى حنيفة أن الثمن انما يلزم جزءاً فجزءاً بحسب ما يقبض من المنافع الا أن يشترط ذلك أو يكون هنالك ما يوجب التقديم مثل أن يكون عوضا معينا أو يكون كراء فى الذمة وقال الشافعى يجب عليه الثمن بنفس العقد فمالك رأى أن الثمن انما يستحق منه بقدر ما يقبض من العوض والشافعى كأنه رأى ان تأخره من باب الدين بالدين . ومن ذلك اختلافهم فيمن اكترى دابة او دارا وما أشبه ذلك هل له أن يكرى ذلك بأكثر مما اكتراه فاجازه مالك والشافعى وجماعة قياسا على البيع ومنع ذلك أبو حنيفة وأصحابه وعمدتهم انه من باب ربح ما لم يضمن لان ضمان الاصل هو من ربه أعنى من المكرى وأيضا فانه من باب بيع ما لم يقبض وأجاز ذلك بعض العلماء اذا أحدث فيها عملا وممن لم يكره ذلك اذا وقع بهذه الصفة سفيان الثورى والجمهور رأوا ان الاجارة فى هذا شبه بالبيع ومنها ان يكرى الدار من الذى أكراها منه فقال مالك يجوز وقال أبو حنيفة لا يجوز وكانه رأى انه اذا كان التفاضل بينهما في الكراء فهو من باب أكل المال بالباطل ومنها اذا اكترى أرضا ليزرعها حنطة فاراد أن يزرعها شعيرا أو ما ضرره مثل ضرر الحنطة أو دونه فقال مالك له ذلك وقال داود ليس ذلك له ومنها اختلافهم في كنس مراحيض الدور المكتراه فالمشهور عن ابن القاسم انه على أرباب الدور وروى عنه انه على المكترى وبه قال الشافعى واستثنى ابن القاسم من هذه الفنادق التى تدخلها قوم وتخرج قوم فقال الكنس في هذه على رب الدار . ومنها اختلاف أصحاب مالك في الانهدام اليسير من الدار هل يلزم رب الدار اصلاحه أم ليس يلزم وينحط عنه من الكراء ذلك القدر

فقال ابن القاسم لايلزمه وقال غيره من اصحابه يلزمه وفروع هذا الباب كثيرة وليس قصدنا التفريع في هذا الكتاب .

(الجملة الثانية وهي النظر في الاحكام الطوارىء) الفصل الاول منه وهو النظر في الفسوخ فنقول ان الفقهاء اختلفوا في عقد الاجارة فذهب الجمهور الى انه عقد لازم وحكى عن قوم انه عقد جائز تشبيها بالجعل والشركة والذين قالوا انه عقد لازم اختلفوا فيما ينفسخ به فذهب جماعة فقهاء الامصار مالك والشافعي وسفيان الثوري وأبو ثور وغيرهم الى انه لاينفسخ الا بما تنفسخ به العقود اللازمة من وجود العيب بها أو ذهاب محل استيفاء المنفعة وقال أبو حنيفة وأصحابه يجوز فسخ عقد الاجارة للعذر الطارىء على المستاجر مثل ان يكرى دكانا يتجر فيه فيحترق متاعه أو يسرق وعمدة الجمهور قوله تعالى (أوفوا بالعقود) لان الكراء عقد على منافع فاشبه النكاح ولانه عقد على معاوضة فلم ينفسخ أصله البيع وعمدة أبي حنيفة انه شبه ذهاب مابه تستوفي المنفعة بذهاب العين التي فيها المنفعة وقد اختلف قول مالك اذا كان الكراء في غير مخصوص على استيفاء منفعة من جنس مخصوص فقال عبد الوهاب الظاهر من مذهب أصحابنا ان محل استيفاء منافع لايتعين في الاجارة وانه وان عين فذلك كالوصف لاينفسخ ببيعه أوذهابه بخلاف العين المستأجرة اذا تلفت قال وذلك مثل أن يستأجر على رعاية غنم باعيانها أوخياطة قميص بعينه فتهلك الغنم ويحترق الثوب فلا ينفسخ العقد وعلى المستأجر ان يأتي بغنم مثلها ليرعاها أو قميص مثله ليخيطه قال وقد قيل انها تتعين بالتعيين فينفسخ العقد بتلف المحل وقال بعض المتأخرين ان ذلك ليس اختلافا في المذهب وانما ذلك على قسمين ؛ أحدهما ان يكون المحل المعين لاستيفاء المنافع مما تقصد عينه أومما لاتقصد عينه فان كان مما تقصد عينه انفسخت الاجارة كالظئر اذا مات الطفل وان كان مما لايقصد عينه لم تنفسخ كالاجارة على رعاية الغنم باعيانها أو بيع طعام في حانوت وماأشبه ذلك واشتراط ابن القاسم في المدونة أنه اذا استاجر على غنم باعيانها فانه لايجوز الا ان يشترط الخلف هو التفات منه الى أنها تنفسخ بذهاب محل استيفاء المعين لكن لما رأى التلف سائقا الى الفسخ رأى أنه من باب الغرر فلم يجز الكراء عليها الا باشتراط الخلف . ومن نحو هذا اختلافهم في هل ينفسخ الكراء بموت أحد المتعاقدين أعني المكري او المكترى فقال مالك والشافعي واحمد واسحق وابو ثور لاينفسخ ويورث عقد الكراء وقال ابو حنيفة والثوري والليث ينفسخ وعمدة من لم يقل بالفسخ أنه عقد معاوضة فلم ينفسخ بموت احد المتعاقدين اصله البيع وعمدة الحنفية أن الموت

نقلة لاصل الرقبة المكتراة من ملك الى ملك فوجب ان يبطل اصله البيع في العين المستاجرة مدة طويلة اعنى انه لا يجوز فلما كان لا يجتمع العقدان معا غلب ههنا انتقال الملك والابقى الملك ليس له وارث وذلك خلاف الاجماع وربما شبهوا الاجارة بالنكاح اذ كان كلاهما استيفاء منافع والنكاح يبطل بالموت وهو بعيد. وربما احتجوا على المالكية فقط بان الاجرة عندهم تستحق جزأ فجزأ بقدر مايقبض من المنفعة قالوا واذا كان هذا هكذا فان مات المالك وبقيت الاجارة فان المستاجر يستوفى فى ملك الوارث حقا بموجب عقد فى غير ملك العاقد وذلك لايصح وان مات المستاجر فتكون الاجرة مستحقة عليه بعد موته والميت لايثبت عليه دين باجماع بعد موته وأما الشافعية فلا يلزمهم هذا لان استيفاء الاجرة يجب عندهم بنفس العقد على ماسلف من ذلك وعند مالك ان ارض المطر اذا اكريت فمنع القحط من زراعتها او زرعها فلم ينبت الزرع لمكان القحط أن الكراء ينفسخ وكذلك اذا استعذرت بالمطر حتى انقضى زمن الزراعة فلم يتمكن المكترى من ان يزرعها وسائر الجوائح التى تصيب الزرع لايحط عنه من الكراء شيء وعنده ان الكراء الذى يتعلق بوقت ماانه ان كان ذلك الوقت مقصودا مثل كراء الرواحل في أيام الحج فغاب المكرى عن ذلك الوقت انه تنفسخ الكراء . وأما إن لم يكن الوقت مقصودا فانه لاينفسخ هذا كله عنده في الكراء الذى يكون في الاعيان. فأما الكراء الذى يكون في الذمة فانه لاينفسخ عنده بذهاب العين التى قبض المستأجر ليستوفي منها المنفعة إذ كان لم ينعقد الكراء على عين بعينها وانما انعقد على موصوف في الذمة وفروع هذا الباب كثيرة وأصوله هي هذه التى ذكرناها .

(الفصل الثانى وهو النظر في الضمان)

والضمان عند الفقهاء على وجهين بالتعدى أو لمكان المصلحة وحفظ الاموال . فاما بالتعدى فيجب على المكرى باتفاق والخلاف انما هو فى نوع التعدى الذى يوجب ذلك أولا يوجبه وفي قدره . فمن ذلك اختلاف العلماء في القضاء فيمن اكترى دابة الى موضع مافتعدى بها الى موضع زائد على الموضع الذى انعقد عليه الكراء . فقال الشافعى وأحمد عليه الكراء الذى التزمه الى المسافة المشترطة ومثل كراء المسافة التى تعدى فيها وقال مالك رب الدابة بالخيار في ان يأخذ كراء دابته في المسافة التى تعدى فيها أو يضمن له قيمة الدابة وقال أبوحنيفة لاكراء عليه في المسافة المتعداة. ولاخلاف انها اذا تلفت في المسافة المتعداة انه ضامن لها فعمدة الشافعى انه تعدى على المنفعة فلزمه أجرة المثل أصله التعدى على سائر المنافع وأما مالك فكأنه لما حبس الدابة عن أسواقها رأى

انه قد تعدى عليهافيهانفسها فشبهه بالغاصب وفيه ضعف . وأما مذهب أبي حنيفة فبعيد جداً عما تقتضيه الاصول الشرعية والاقرب الى الاصول في هذه المسئلة هو قول الشافعي وعند مالك ان عثار الدابة لو كانت عثوراً تعد من صاحب الدابة يضمن بها الحمل وكذلك ان كانت الحبال رثة ومسائل هذا الباب كثيرة . وأما الذين اختلفوا في ضمانهم من غير تعد الا من جهة المصلحة فهم الصناع ولاخلاف عندهم ان الاجير ليس بضامن لماهلك عنده مما استؤجر عليه الا ان يتعدى ماعدا حامل الطعام والطحان فان مالكاً ضمنه ماهلك عنده الا ان تقوم له بينة على هلاكه من غير سببه . وأماتضمين الصناع ماادعوا هلاكه من المصنوعات المدفوعة اليهم فانهم اختلفوا في ذلك فقال مالك وابن أبي ليلى وأبو يوسف يضمنون ماهلك عندهم وقال أبو حنيفة لايضمن من عمل بغير أجر ولا الخاص ويضمن المشترك ومن عمل باجر وللشافعي قولان في المشترك والخاص عندهم هو الذى يعمل في منزل المستأجر وقيل هو الذى لم ينتصب للناس وهو مذهب مالك في الخاص وهو عنده غير ضامن وتحصيل مذهب مالك على هذا ان الصانع المشترك يضمن وسواء عمل باجر أو بغير أجر وبتضمين الصناع قال علي وعمر وان كان قد اختلف عن علي في ذلك وعمدة من لم ير الضمان عليهم انه شبه الصانع بالمودع عنده والشريك والوكيل وأجير الغنم ومن ضمنه فلا دليل له إلا النظر الى المصلحة وسد الذريعة . واما من فرق بين ان يعملوا باجر أولا يعملوا بأجر فلان العامل بغير أجر انما قبض المعمول لمنفعة صاحبه فقط فاشبه المودع واذاقبضها باجر فالمنفعة لكليهما فغلبت منفعة القابض أصله القرض والعارية عند الشافعي وكذلك أيضا من لم ينصب نفسه لم يكن في تضمينه سد ذريعة والاجير عند مالك كما قلنا لا يضمن الا أنه استحسن تضمين حامل القوت وما يجري مجراه وكذلك الطحان وما عدى غيرهم فلا يضمن الا بالتعدي وصاحب الحمام لا يضمن عنده هذا هو المشهور عنه وقد قيل يضمن وشذ أشهب فضمن الصناع ما قامت البينة على هلاكه عندهم من غير تعد منهم ولا تفريط وهو شذوذ ولا خلاف ان الصناع لايضمنون مالم يقبضوا في منازلهم واختلف أصحاب مالك اذا قامت البينة على هلاك المصنوع وسقط الضمان عنهم هل تجب لهم الاجرة أم لا اذا كان هلاكه بعد اتمام الصنعة أو بعد تمام بعضها فقال ابن القاسم لاأجرة لهم وقال ابن المواز لهم الاجرة ووجه ماقال ابن المواز أن المصيبة اذا نزلت بالمستأجر فوجب ان لايمضي عمل الصانع باطلاً ووجه ماقال ابن القاسم ان الاجرة انما استوجبت في مقابلة العمل فاشبه ذلك اذا هلك بتفريط من الاجير وقول ابن المواز اقيس وقول ابن القاسم أكثر نظراً الى المصلحة لانه رأى ان يشتركوا في المصيبة ومن هذا الباب اختلافهم في

ضمان صاحب السفينة فقال مالك لاضمان عليه وقال أبوحنيفة عليه الضمان الامن الموج وأصل مذهب مالك ان الصناع يضمنون كل ما أتى على أيديهم من حرق أو كسر في المصنوع أو قطع اذا عمله في حانوته وان كان صاحبه قاعداً معه الا فيما كان فيه تغرير من الاعمال مثل ثقب الجوهر ونقش الفصوص وتقويم السيوف واحتراق الخبز عند الفران والطبيب يموت العليل من معالجته وكذلك البيطار الا ان يعلم انه تعدى فيضمن حينئذ . وأما الطبيب وما أشبهه اذا اخطأ في فعله وكان من أهل المعرفة فلا شيء عليه في النفس والدية على العاقلة فيما فوق الثلث وفي ماله فيما دون الثلث وان لم يكن من أهل المعرفة فعليه الضرب والسجن والدية قيل في ماله وقيل على العاقلة .

(الفصل الثالث)

وهو النظر في الاختلاف وفي هذا الباب أيضا مسائل : فمنها انهم اختلفوا اذا اختلف الصانع ورب المصنوع في صفة الصنعة فقال أبوحنيفة القول قول رب المصنوع وقال مالك وابن أبي ليلى القول قول الصانع * وسبب الخلاف من المدعى منهما على صاحبه ومن المدعى عليه ومنها اذا ادعى الصناع ردما استصنعوا فيه وأنكر ذلك الدافع فالقول عندمالك قول الدافع وعلى الصناع البينة لانهم كانوا ضامنين لما في أيديهم وقال ابن الماجشون القول قول الصناع ان كان ما دفع اليهم دفع بغير بينة وان كان دفع اليهم ببينة فلا يبرءون الا ببينة . واذا اختلف الصانع ورب المتاع في دفع الاجرة فالمشهور في المذهب أن القول قول الصانع مع يمينه ان قام بحدثان ذلك وان تطاول فالقول قول رب المصنوع وكذلك اذا اختلف المكرى والمكترى وقيل بل القول قول الصانع وقول المكرى وان طال وهو الاصل . واذا اختلف المكرى والمكترى أو الاجير والمستأجر في مدة الزمان الذى وقع فيه استيفاء المنفعة اذا اتفقا على أن المنفعة لم تستوف في جميع الزمان المضروب في ذلك فالمشهور في المذهب أن القول قول المكترى والمستأجر لانه الغارم والاصول على أن القول قول الغارم وقال ابن الماجشون القول قول المكترى له والمستأجر اذا كانت العين المستوفاة منها المنافع في قبضهما مثل الدار وما أشبه ذلك وأما ما لم يكن في قبضه مثل الاجير فالقول قول الاجير. ومن مسائل المذهب المشهورة في هذا الباب اختلاف المتكاريين في الدواب وفي الرواحل وذلك أن اختلافهما لا يخلو أن يكون في قدر المسافة أو نوعها أوقدر الكراء أو نوعه فان كان اختلافهما في نوع المسافة أو في نوع الكراء فالتحالف

والتفاسخ كاختلاف المتبايعين في نوع الثمن قال ابن القاسم انعقد أو لم ينعقد وقال غيره القول قول رب الدابة اذا انعقد وكان يشبه ما قال وان كان اختلافهما في قدر المسافة فان كان قبل الركوب أو بعد ركوب يسير فالتحالف والتفاسخ وان كان بعد ركوب كثير أو بلوغ المسافة التى يدعيها رب الدابة فالقول قول رب الدابة في المسافة ان انتقد وكان يشبه ما قال وان لم ينتقد واشبه قوله تحالفا ويفسخ الكراء على أعظم المسافتين فما حمل منه للمسافة التى ادعاها رب الدابة أعطيه وكذلك ان انتقد ولم يشبه قوله وان اختلفا في الثمن واتفقا على المسافة فالقول قول المكترى نقد أو لم ينقد لانه مدعى عليه وان اختلفا فى الامرين جميعا في المسافة والثمن مثل أن يقول رب الدابة بقرطبة اكتريت منك الى قرمونة بدينارين ويقول المكترى بل بدينار الى اشبيلية فان كان أيضا قبل الركوب أوبعدركوب لا ضررعليهمافي الرجوع تحالفا وتفاسخا وان كان بعد سير كثير أو بلوغ المسافة التى يدعيهارب الدابةفان كان لم ينقد المكترى شيئا كان القول قول رب الدابة في المسافة والقول قول المكترى في الثمن ويغرم من الثمن ما يجب له من قرطبة الى قرمونة على أنه لو كان الكراء به الى اشبيلية وذلك أنه أشبه قول المكترى وان لم يشبه ما قال وأشبه ما قال رب الدابة غرم دينارين وان كان المكترى نقد الثمن الذى يدعى أنه للمسافة الكبرى وأشبه قول رب الدابة كان القول قول رب الدابة في المسافة ويبقى له ذلك الثمن الذى قبضه لا يرجع عليه بشيء منه اذ هو مدعى عليه في بعضه وهو يقول بل هو لى وزيادة فيقبل قوله فيه لانه قبضه ولا يقبل قوله في الزيادة ويسقط عنه مالم يقرب به من المسافة أشبه ما قال أو لم يشبه الا أنه اذا لم يشبه قسم الكراء الذى أقربه المكترى على المسافة كلها فيأخذ رب الدابة من ذلك ما ناب المسافة التى ادعاها وهذا القدر كاف في هذا الباب .

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

(وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما)

﴿ كتاب الجعل ﴾

والجعل هو الاجارة على منفعة مظنون حصولها مثل مشارطة الطبيب على البرء والمعلم على الحذاق والناشد على وجود العبد الآبق وقد اختلف العلماء في جوازه فقال مالك يجوز ذلك في اليسير بشرطين ، أحدهما ان لا يضرب لذلك أجلا . والثاني ان يكون الثمن معلوما وقال أبو حنيفة لا يجوز وللشافعي القولان وعمدة من أجازه قوله تعالى (ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم) واجماع الجمهور على جوازه في الاباق والسؤال وما جاء في الاثر من أخذ الثمن على الرقية بام القرآن وقد تقدم ذلك وعمدة من منعه الغرر الذي فيه قياسا على سائر الاجارات ولا خلاف في مذهب مالك أن الجعل لا يستحق شئ منه الا بتمام العمل وأنه ليس بعقد لازم واختلف مالك وأصحابه من هذا الباب في كراء السفينة هل هو جعل أو اجارة فقال مالك ليس لصاحبها كراء الا بعد البلوغ وهو قول ابن القاسم ذهابا الى أن حكمها حكم الجعل وقال ابن نافع من أصحابه له قدر ما بلغ من المسافة فاجرى حكمه مجرى الكراء وقال اصبغ ان لجج فهو جعل وان لم يلجج فهو اجارة له بحسب الموضع الذى وصل اليه والنظر في هذا الباب في جوازه ومحله وشروطه وأحكامه ومحله هو ماكان من الافعال لا ينتفع الجاعل بجزء منه لانه اذا انتفع الجاعل بجزء مما عمل الملتزم للجعل ولم يأت بالمنفعة التى انعقد الجعل عليها وقلنا على حكم الجعل أنه اذا لم يأت بالمنفعة التى انعقد الجعل عليها لم يكن له شيء فقد انتفع الجاعل بعمل المجعول من غير ان يعوضه من عمله باجر وذلك ظلم ولذلك يختلف الفقهاء في كثير من المسائل هل هو جعل أو اجارة مثل مسئلة السفينة المتقدمة هل هى مما يجوز فيها الجعل أولا يجوز مثل اختلافهم في المجاعلة على حفر الابار وقالوا في المغارسة انها تشبه الجعل من جهة والبيع من جهة وهى عند مالك ان يعطى الرجل أرضه لرجل على ان يغرس فيه عددا من الثمار معلوما فاذا استحق الثمر كان للغارس جزء من الارض متفق عليه .

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

(وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم تسليما)

﴿ كتاب القراض ﴾

ولاخلاف بين المسلمين في جواز القراض وأنهما كان في الجاهلية فاقره الاسلام وأجمعوا على أن صفته ان يعطى الرجل الرجل المال على أن يتجربه على جزء معلوم يأخذه العامل من ربح المال أى جزء كان مما يتفقان عليه ثلثا أو ربعا أو نصفا وأن هذا مستثنى من الاجارة المجهولة وأن الرخصة في ذلك إنما هى لموضع الرفق بالناس وأنه لاضمان على العامل فيما تلف من راس المال اذا لم يتعدوان كان اختلفوا فيماهو تعد مما ليس بتعد وكذلك أجمعوا بالجملة على أنه لايقترون به شرط يزيد في مجهلة الربح أو فى الغرر الذى فيه وان كان اختلفوا فيما يقتضى ذلك من الشروط ممالايقتضى وكذلك اتفقوا على أنه يجوز بالدنانير والدراهم واختلفوا في غير ذلك وبالجملة فالنظر فيه في صفته وفي محله وفي شروطه وفى أحكامه ونحن نذكر في باب باب من هذه الثلاثة الابواب مشهورات مسائلهم .

(الباب الاول في محله)

أما صفته فقد تقدمت وأنهم أجمعوا عليها : وأما محله فانهم أجمعوا على انه جائز بالدنانير والدراهم واختلفوا في العروض فجمهور فقهاء الامصار على أنه يجوز القراض بالعروض وجوزه ابن أبى ليلى وحجة الجمهوران رأس المال إذا كان عروضا كان غرراً لانه يقبض العرض وهو يساوى قيمة ماويرده وهو يساوى قيمة غيرها فيكون رأس المال والربح مجهولا وأما أن كان رأس المال مابه يباع العروض فان مالكا منعه والشافعى أيضا وأجازه أبو حنيفة وعمدة مالك إنه قارضه على مابيعت به السلعة وعلى بيع السلعة نفسها فكانه قراض ومنفعة مع ان مايبيع به السلعة مجهول فكانه انما قارضه على رأس مال مجهول ويشبه أن يكون أيضا انما منع المقارضة على قيم العروض لمكان مايتكلف المقارض في ذلك من البيع وحينئذ ينض رأس مال القراض وكذلك ان أعطاه العرض بالثمن الذى اشتراه به ولكنه أقرب الوجوه الى الجواز ولعل هذا هو الذى جوزه ابن أبى ليلى بل هو الظاهر من قولهم فانهم حكوا عنه أنه يجوز ان يعطى الرجل

موبا يبيعه فما كان فيه من ربح فهو بينهما وهذا انما هو على ان يجعلا أصل المال الثمن الذى اشترى به الثوب ويشبه أيضا ان جعل رأس المال الثمن ان يتهم القارض في تصديقه رب المال بحرصه على أخذ القراض منه واختلف قول مالك في القراض بالنقد من الذهب والفضة فروى عنه اشهب منع ذلك وروى ابن القاسم جوازه ومنعه في المصوغ وبالمنع في ذلك قال الشافعي والكوفي فمن منع القراض بالنقد شبهها بالعروض ومن أجازه شبهها بالدراهم والدنانير لقلة اختلاف أسواقها واختلف أيضا أصحاب مالك في القراض بالفلوس فمنعه ابن القاسم وأجازه اشهب وبه قال محمد بن الحسن وجمهور العلماء مالك والشافعي وأبو حنيفة على انه اذا كان لرجل على رجل دين لم يجز أن يعطيه له قراضا قبل أن يقبضه اما العلة عند مالك فمخافة أن يكون اعسر بماله فهو يريد أن يؤخره عنه على ان يزيد فيه فيكون الربا المنهي عنه . وأما العلة عند الشافعي وأبي حنيفة فان ما في الذمة لا يتحول ويعود أمانة واختلفوا في من امر رجلا ان يقبض دينا له على رجل آخر ويعمل فيه على جهة القراض فلم يجز ذلك مالك وأصحابه لانه رأى انه ازداد على العامل كلفة وهو ما كلفه من قبضه وهذا على أصله أن من اشترط منفعة زائدة في القراض انه فاسد وأجاز ذلك الشافعي والكوفي قالوا لانه وكله على القبض لأنه جعل القبض شرطا في المصارفة فهذا هو القول في محله . وأما صفته فهي الصفة التي قدمناها .

(الباب الثاني في مسائل الشروط)

وجملة مالا يجوز من الشروط عند الجميع هي ما أدى عندهم الى غرر أو الى مجهلة زائدة ولا خلاف بين العلماء انه اذا اشترط أحدهما لنفسه من الربح شيئا زائدا غير ما انعقد عليه القراض ان ذلك لا يجوز لانه يصير ذلك الذى انعقد عليه القراض مجهولا وهذا هو الاصل عند مالك في ان لا يكون مع القراض بيع ولا كراء ولا سلف ولا عمل ولا مرفق يشترطه احدهما لصاحبه مع نفسه فهذه جملة ما اتفقوا عليه وان كان قد اختلفوا في التفصيل فمن ذلك اختلافهم اذا اشترط العامل الربح كله فقال مالك يجوز وقال الشافعي لا يجوز وقال أبو حنيفة هو قرض لا قراض فمالك رأى أنه احسان من رب المال وتطوع اذ كان يجوز له أن يأخذ منه الجزء القليل من المال الكثير والشافعي رأى أنه غرر لانه ان كان خسران فعلى رب المال وبهذا يفارق القرض وان كان ربح فليس لرب المال فيه شيء ومنها اذا شرط رب المال الضمان على العامل فقال مالك لا يجوز القراض وهو فاسد وبه قال الشافعي وقال ابو حنيفة وأصحابه القراض جائز والشرط

باطل وعمدة مالك ان اشتراط الضمان زيادة غرر في القراض ففسد وأما أبو حنيفة فشبهه بالشرط الفاسد في البيع على رأيه أن البيع جائز والشرط باطل اعتماداً على حديث بريرة المتقدم . واختلفوا في المقارض يشترط رب المال عليه خصوص التصرف مثل ان يشترط عليه تعيين جنس ما من السلع أو تعيين جنس ما من البيع أو تعيين موضع ما للتجارة أو تعيين صنف ما من الناس يتجر معهم فقال مالك والشافعي في اشتراط جنس من السلع لايجوز ذلك الا أن يكون ذلك الجنس من السلع لايختلف وقتاً ما من أوقات السنة وقال أبو حنيفة يلزمه ما اشترط عليه وان تصرف في غير ما اشترط عليه ضمن فمالك والشافعي رأيا ان هذا الاشتراط من باب التضييق على المقارض فيعظم الغرر بذلك وأبو حنيفة استخف الغرر الموجود في ذلك كما لو اشترط عليه أن لا يشتري جنسا ما من السلع لكان على شرطه في ذلك باجماع ولا يجوز القراض المؤجل عند الجمهور وأجازه أبو حنيفة الا أن يتفاسخا فمن لم يجزه رأى ان في ذلك تضييقا على العامل يدخل عليه مزيد غرر لانه ربما بارت عنده سلع فيضطر عند بلوغ الاجل الى بيعها فيلحقه في ذلك ضرر ومن أجاز الاجل شبه القراض بالاجارة ومن هذا الباب اختلافهم في جواز اشتراط رب المال زكاة الربح فقال مالك في الموطأ لايجوز ورواه عنه اشهب وقال ابن القاسم ذلك جائز ورواه عن مالك وبقول مالك قال الشافعي وحجة من لم يجزه انه تعود حصة العامل ورب المال مجهولة لانه لايدري كم يكون المال في حين وجوب الزكاة فيه وتشبيها باشتراط زكاة أصل المال عليه أعني على العامل فانه لا يجوز باتفاق وحجة ابن القاسم انه يرجع الى جزء معلوم النسبة وان لم يكن معلوم القدر لان الزكاة معلومة النسبة من المال المزكى فكانه اشترط عليه في الربح الثلث الاربع العشر أو النصف الاربع العشر أو الربع الاربع عشر وذلك جائز وليس مثل اشتراطه زكاة رأس المال لان ذلك معلوم القدر غير معلوم النسبة فكان ممكنا ان يحيط بالربح فيبقى عمل المقارض باطلا وهل يجوز أن يشترط ذلك المقارض على رب المال في المذهب فيه قولان قيل بالفرق بين العامل ورب المال فقيل يجوز أن يشترطه العامل على رب المال ولا يجوز ان يشترطه رب المال على العامل وقيل عكس هذا . واختلفوا في اشتراط العامل على رب المال غلاما بعينه على أن يكون للغلام نصيب من المال فأجازه مالك والشافعي وأبو حنيفة وقال اشهب من أصحاب مالك لايجوز ذلك فمن أجاز ذلك شبهه بالرجل يقارض الرجلين ومن لم يجز ذلك رأى أنها زيادة ازدادها العامل على رب المال فأما ان

اشترط العامل غلامه فقال الثوري لايجوز وللغلام فيما عمل اجرة المثل وذلك ان حظ العامل يكون عنده مجهولا .

(القول في أحكام القراض)

والاحكام منها ماهي أحكام القراض الصحيح ومنها ماهي أحكام القرض الفاسد وأحكام القراض الصحيح منها ماهي من موجبات العقد أعني أنها تابعة لموجب العقد ومختلف فيها هل هي تابعة أوغير تابعة ومنها أحكام طوارىء تطرأ على العقد مما لم يكن موجبه من نفس العقد مثل التعدي والاختلاف وغير ذلك ونحن نذكر من هذه الاوصاف ما اشتهر عند فقهاء الامصار ونبدأ من ذلك بموجبات العقد فنقول إنه أجمع العلماء على أن اللزوم ليس من موجبات عقد القراض وأن لكل واحد منهما فسخه مالم يشرع العامل في القراض . واختلفوا اذا شرع العامل فقال مالك هو لازم وهو عقد يورث فان مات وكان للمقارض بنون أمناء كانوا في القراض مثل أبيهم وان لم يكونوا أمناء كان لهم أن يأتوا بامين . وقال الشافعي وأبو حنيفة لكل واحد منهم الفسخ اذا شاء وليس هو عقد يورث فمالك ألزمه بعد الشروع في العمل لما فيه من ضرر ورآه من العقود الموروثة والفرقة الثانية شبهت الشروع في العمل بمابعد الشروع في العمل ولا خلاف بينهم أن المقارض انما ياخذ حظه من الربح بعد أن ينض جميع رأس المال وانه ان خسر ثم تجر ثم ربح جبر الخسران من الربح واختلفوا في الرجل يدفع الى رجل مالا قراضا فيهلك بعضه قبل أن يعمل فيه ثم يعمل فيه فيربح فيريد المقارض أن يجعل رأس المال بقية المال بعد الذي هلك هل له ذلك أم لا . فقال مالك وجمهور العلماء ان صدقه رب المال أو دفع رجل مالا قراضا الرجل فهلك منه جزء قبل أن يعمل فاخبره بذلك فصدقه ثم قال له يكون الباقي عندك قراضا على الشرط المتقدم لم يجز حتى يفاصله ويقبض منه رأس ماله وينقطع القراض الأول وقال ابن حبيب من أصحاب مالك إنه يلزمه القول ويكون الباقي قراضا وهذه المسئلة هي من أحكام الطوارىء ولكن ذكرناها هنا لتعلقها بوقت وجوب القسمة وهي من أحكام العقد . واختلفوا هل للعامل نفقة من المال المقارض عليه أم لا على ثلاثة اقوال . فقال الشافعي في أشهر أقواله لانفقة له أصلا الا أن ياذن له رب المال . وقال قوم له نفقته وبه قال ابراهيم النخعي والحسن وهو أحد ماروى عن الشافعي . وقال آخرون له النفقة في السفر من طعامه وكسوته وليس له شيء في الحضر وبه قال مالك وأبو حنيفة والثوري وجمهور العلماء الا أن مالكا قال اذا كان المال يحمل ذلك وقال الثوري ينفق ذاهبا ولاينفق راجعا

وقال الليث يتغدى في المصر ولا يتعشى وروى عن الشافعي أن له نفقته في المرض والمشهور عنه مثل قول الجمهور أن لا نفقة له في المرض وحجة من لم يجزه ان ذلك زيادة منفعة في القراض فلم يجز أصله المنافع وحجة من أجازه أن عليه العمل في الصدر الاول ومن أجازه في الحضر شبهه بالسفر وأجمع علماء الامصار على أنه لا يجوز للعامل أن ياخذ نصيبه من الربح الا بحضرة رب المال وان حضور رب المال شرط في قسمة المال وأخذ العامل حصته وانه ليس يكفي في ذلك أن يقسمه بحضور بينة ولا غيرها :

(القول في أحكام الطوارئ)

واختلفوا اذ أخذ المقارض حصته من غير حضور رب المال ثم ضاع المال أو بعضه فقال مالك ان أذن له رب المال في ذلك فالعامل مصدق فيما ادعاه من الضياع. وقال الشافعي وأبو حنيفة والثوري ما أخذ العامل يرده ويجبر به رأس المال ثم يقتسمان فضلا ان كان هنالك. واختلفوا اذا هلك مال القراض بعد ان اشترى العامل به سلعة ما وقبل أن ينقده البائع فقال مالك البيع لازم للعامل ورب المال مخير ان شاء دفع قيمة السلعة مرة ثانية ثم تكون بينهما على ما شرطا من المقارضة وان شاء تبرأ عنها . وقال أبو حنيفة بل يلزم ذلك الشراء رب المال شبهه بالوكيل الا أنه قال يكون رأس المال في ذلك القراض الثمن ولا يقتسمان الربح الا بعد حصوله عينا أعني ثمن تلك السلعة التي تلفت أولا والثمن الثاني الذي لزمه بعد ذلك واختلفوا في بيع العامل من رب المال بعض سلع القراض فكره ذلك مالك وأجازه أبو حنيفة على الاطلاق وأجازه الشافعي بشرط أن يكونا قد تبايعا بما لا يتغابن الناس بمثله ووجه ما كره من ذلك مالك أن يكون يرخص له في السلعة من أجل ما قارضه فكأن رب المال أخذ من العامل منفعة سوى الربح الذي اشترط عليه ـ ولا اعرف خلافا بين فقهاء الامصار انه ان تكارى العامل على السلع الى بلد فاستغرق الكراء قيم السلع وفضل عليه فضلة انها على العامل لا على رب المال لان رب المال انما دفع ماله اليه ليتجر به فما كان من خسران في المال فعليه وكذلك ما زاد على المال واستغرقه. واختلفوا في العامل يستدين مالا فيتجر به مع مال القراض . فقال مالك ذلك لا يجوز : وقال الشافعي وأبو حنيفة ذلك جائز ويكون الربح بينهما على شرطهما وحجة مالك أنه كما لا يجوز أن يستدين على المقارضة كذلك لا يجوز أن يأخذ دينا فيها . واختلفوا هل للعامل أن يبيع بالدين اذا لم يأمره به رب المال فقال مالك ليس له ذلك فان فعل ضمن

به قال الشافعي وقال أبو حنيفة له ذلك والجميع متفقون على أن العامل انما
جب له أن يتصرف في عقد القراض ما يتصرف فيه الناس غالبا في أكثر الاحوال
ن رأى أن التصرف بالدين خارج عما يتصرف فيه الناس في الاغلب لم يجزه
من رأى أنه مما يتصرف فيه الناس أجازه واختلف مالك والشافعي وأبو حنيفة
الليث في العامل يخلط ماله بمال القراض من غير اذن رب المال فقال هؤلاء كلهم
ا عدا مالكا هو تعد ويضمن . وقال مالك ليس بتعد ولم يختلف هؤلاء المشاهير
ن فقهاء الامصار أنه ان دفع العامل رأس مال القراض الى مقارض آخر انه ضامن
ن كان خسران وان كان ربح فذلك على شرطه ثم يكون الذى عمل شرطه على الذى
دفع اليه فيوفيه حظه مما بقى من المال . وقال المزنى عن الشافعي ليس له الا أجرة
مثله لانه عمل على فساد .

(القول فى حكم القراض الفاسد)

واتفقوا على أن حكم القراض الفاسد فسخه ورد المال الى صاحبه ما لم يفت بالعمل . واختلفوا اذا فات بالعمل ما يكون للعامل فيه في واجب عمله على أقوال، أحدها أنه يرد جميعه الى قراض مثله ، وهي رواية ابن الماجشون عن مالك وهو قوله وقول أشهب ، والثانى أنه يرد جميعه الى اجارة مثله وبه قال الشافعي وأبو حنيفة وعبد العزيز بن أبى سلمة من أصحاب مالك وحكى عبد الوهاب أنها رواية عن مالك . والثالث أنه يرد الى قراض مثله ما لم يكن أكثر مما سماه وانما له الاقل مما سمى أو من قراض مثله ان كان رب المال هو مشترط الشرط على القارض أو الاكثر من قراض مثله أو من الجزء الذى سمى له ان كان المقارض هو مشترط الشرط الذى يقتضى الزيادة التى من قبلها فسد القراض وهذا القول يتخرج رواية عن مالك ، والرابع أنه يرد الى قراض مثله في كل منفعة اشترطها أحد المتقارضين على صاحبه في المال مما ليس ينفرد أحدهما بها عن صاحبه والى اجارة مثله في كل منفعة اشترطها أحد المتقارضين خالصة لمشترطها مما ليست في المال وفي كل قراض فاسد من قبل الغرر والجهل وهو قول مطرف وابن نافع وابن عبد الحكم وأصبغ واختاره ابن حبيب . وأما ابن القاسم فاختلف قوله في القراضات الفاسدة فبعضها وهو الاكثر قال ان فيها أجرة المثل وفي بعضها قال له فيها قراض المثل فاختلف الناس في تأويل قوله فنهم من حمل اختلاف قوله فيها على الفرق الذى ذهب اليه ابن عبد الحكم ومطرف وهو اختيار ابن حبيب واختيار جدى رحمة الله عليه ومنهم من لم يعلل قوله وقال ان مذهبه ان كل قراض فاسد ففيه أجرة

نل الا تلك لتى نص فيها قراض المثل وهى سبعة القراض بالعروض والقراض لضمان والقراض الى أجل والقراض المبهم واذا قال له اعمل على أن لك في المال ركا واذا اختلف المتقارضان وأتيا بما لايشبه حلفا على دعواهما واذا دفع اليه المال لى ان لايشترى به الا بالدين فاشترى بالنقد أو على أن لايشترى الاسلعة كذا وكذا السلعة غير موجودة فاشترى غير ما أمر به وهذه المسائل يجب أن ترد الى علة احدة والا فهو اختلاف من قول ابن القاسم وحكى عبد الوهاب عن ابن القاسم انه صل فقال ان كان الفساد من جهة العقد رد الى قراض المثل وان كان من جهة زيادة زدادها أحدهما على الآخر رد الى أجرة المثل والاشبه ان يكون الامر في هذا بالعكس والفرق بين الاجرة وقراض المثل ان الاجرة تتعلق بذمة رب المال سواء كان في المال ربح أو لم يكن وقراض المثل هو على سنة القراض ان كان فيه ربح كان للعامل منه والا فلا شيء له .

(في اختلاف المتقارضين) واختلف الفقهاء اذا اختلف العامل ورب المال في تسمية الجزء الذى تقارضا عليه فقال مالك القول قول العامل لانه عنده مؤتمن وكذلك الامر عنده في جميع دعاويه اذا أتى بما يشبه وقال الليث يحمل على قراض مثله وبه قال مالك اذا أتى بما لا يشبه وقال أبو حنيفة وأصحابه القول قول رب المال وبه قال الثورى وقال الشافعى يتحالفان ويتفاسخان ويكون له أجرة مثله ✡ وسبب اختلاف مالك وأبى حنيفة اختلافهم في سبب ورود النص بوجوب اليمين على المدعى عليه هل ذلك لانه مدعى عليه أو لانه في الاغلب أقوى شبهة فمن قال لانه مدعى عليه قال القول قول رب المال ومن قال لانه أقواهما شبهة في الاغلب قال القول قول العامل لانه عنده مؤتمن وأما الشافعى فقاس اختلافهما على اختلاف المتبايعين في ثمن السلعة وهذا كاف في هذا الباب .

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

(وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما)

كتاب المساقاة

(القول في المساقاة) اما أولا ففى جوازها والثانى في معرفة الفساد والصحة فيها والثالث في أحكامها .

(القول في جواز المساقاة) فاما جوازها فعليه جمهور العلماء مالك والشافعى

والثورى وأبو يوسف ومحمد بن الحسن صاحبا أبى حنيفة وأحمد وداود وهى عندهم مستثناة بالسنة من بيع مالم يخلق من الاجارة المجهولة وقال أبو حنيفة لا تجوز المساقاة أصلا وعمدة الجمهور فى اجازتها حديث ابن عمر الثابت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم: دفع الى يهود خيبر نخل خيبر وأرضها على أن يعملوها من أموالهم ولرسول الله صلى الله عليه وسلم شطر ثمرها أخرجه البخارى ومسلم وفى بعض رواياته أنه صلى الله عليه وسلم ساقاهم على نصف ماتخرجه الارض والثمرة وما رواه مالك أيضا من مرسل سعيد بن المسيب أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ليهود خيبر يوم افتتح خيبر أقركم على ما أقركم الله على ان التمر بيننا وبينكم قال وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يبعث عبد الله بن رواحة فيخرص بينه وبينهم ثم يقول ان شئتم فلكم وان شئتم فلى وكذلك مرسله أيضا عن سليمان بن يسار فى معناه. وأما أبو حنيفة ومن قال بقوله فعمدتهم مخالفة هذا الاثر للاصول مع أنه حكم مع اليهود واليهود يحتمل ان يكون أقرهم على انهم عبيد ويحتمل ان يكون أقرهم على انهم ذمة الا انا اذا أنزلنا انهم ذمة كان مخالفا للاصول لانه بيع مالم يخلق وأيضا فانه من المزابنة وهو بيع التمر بالتمر متفاضلا لان القسمة بالخرص بيع بالخرص واستدلوا على مخالفته للاصول بما روى فى حديث عبد الله بن رواحة انه كان يقول لهم عند الخرص ان شئتم فلكم وتضمنون نصيب المسلمين وان شئتم فلى وأضمن نصيبكم وهذا حرام باجماع وربما قالوا ان النهى الوارد عن المخابرة هو ماكان من هذا الفعل بخيبر والجمهور يرون ان المخابرة هى كراء الارض ببعض مايخرج منها قالوا ومما يدل على نسخ هذا الحديث أو انه خاص باليهود ماورد من حديث رافع وغيره من النهى عن كراء الارض بما يخرج منها لان المساقاة تقتضى جواز ذلك وهو خاص أيضا فى بعض روايات أحاديث المساقاة ولهذا المعنى لم يقل بهذه الزيادة مالك ولا الشافعى أعنى بما جاء من أنه صلى الله عليه وسلم ساقاهم على نصف ماتخرجه الارض والثمرة وهى زيادة صحيحة وقال بها أهل الظاهر.

(القول فى صحة المساقاة) والنظر فى الصحة راجع الى النظر فى أركانها وفى وقتها وفى شروطها المشترطة فى أركانها وأركانها أربعة المحل المخصوص بها والجزء الذى تنعقد عليه وصفة العمل الذى تنعقد عليه، والمدة التى تجوز فيها وتنعقد عليها.

(الركن الاول فى محل المساقاة) واختلفوا فى محل المساقاة فقال داود لاتكون المساقاة إلا فى النخل فقط وقال الشافعى فى النخل والكرم فقط، وقال مالك تجوز فى كل أصل ثابت كالرمان والتين والزيتون وما أشبه ذلك من غير ضرورة وتكون فى الاصول غير الثابتة كالمقاثى والبطيخ مع عجز صاحبها عنها وكذلك الزرع ولا

تجوز في شيء من البقول عند الجميع الا ابن دينار فانه أجازها فيه اذا نبتت قبل ان تستقل فعمدة من قصره على النخل أنها رخصة فوجب أن لا يتعدى بها محلها الذي جاءت فيه السنة . وأما مالك فرأى أنها رخصة ينقدح فيها سبب عام فوجب تعدية ذلك الى الغير وقد يقاس على الرخص عند قوم اذا فهم هنالك أسباب أعم من الاشياء التي علقت الرخص بالنص بها وقوم منعوا القياس على الرخص واما داود فهو يمنع القياس على الجملة فالمساقاة على أصوله مطردة . وأما الشافعي فانما أجازها في الكرم من قبل ان الحكم في المساقاة هو بالخرص وقد جاء في حديث عتاب بن أسيد الحكم بالخرص في النخل والكرم وان كان ذلك في الزكاة فكأنه قاس المساقاة في ذلك على الزكاة والحديث الذي ورد عن عتاب بن أسيد هو أن رسول الله صلى الله عليه وسلم بعثه وأمره ان يخرص العنب وتؤدى زكاته زبيبا كما تؤدى زكاة النخل تمراً ودفع داود حديث عتاب بن أسيد لانه مرسل ولانه انفرد به عبد الرحمن ابن اسحق وليس بالقوى . واختلفوا اذا كان مع النخل أرض بيضاء أو مع الثمار هل يجوز ان تساقى الارض مع النخل بجزء من النخل أو بجزء من النخل وبجزء مما يخرج من الارض فذهب الى جواز ذلك طائفة وبه قال صاحبا أبي حنيفة والليث . وأحمد والثورى وابن أبي ليلى وجماعة وقال الشافعي وأهل الظاهر لا تجوز المساقاة الا في الثمر فقط وأما مالك فقال اذا كانت الارض تبعا للثمر وكان الثمر أكثر ذلك فلا باس بدخولها في المساقاة اشترط جزأ خارجا منها أو لم يشترطه وحد ذلك الجزء بان يكون الثلث فادونه أعني أن يكون مقدار كراء الارض الثلث من الثمر فادونه ولم يجز ان يشترط رب الارض ان يزرع البياض لنفسه لانها زيادة ازدادها عليه وقال الشافعي ذلك جائز وحجة من أجاز المساقاة عليهما جميعا أعني على الارض بجزء مما يخرج منها حديث ابن عمر المتقدم وحجة من لم يجز ذلك ماروى من النهي عن كراء الارض بما يخرج منها في حديث رافع بن خديج وقد تقدم ذلك وقال أحمد بن حنبل أحاديث رافع مضطرب به الالفاظ وحديث ابن عمر أصح وأما تحديد مالك ذلك بالثلث فضعيف وهو استحسان مبنى على غير الاصول لان الاصول تقتضى انه لا يفرق بين الجائز من غير الجائز بالقليل والكثير من الجنس الواحد . ومنها اختلافهم في المساقاة فى البقل فأجازها مالك والشافعي وأصحابه ومحمد بن الحسن وقال الليث لا تجوز المساقاة في البقل وانما أجازها الجمهور لان العامل وان كان ليس عليه فيها سقى فيبقى عليه أعمال أخر مثل الابار وغير ذلك وأما الليث فيرى ان السقى بالماء هو الفعل الذي تنعقد عليه المساقاة ولمكانه وردت الرخصة فيها .

الركن الثانى

وأما الركن الذى هو العمل فان العلماء بالجملة أجمعوا على أن الذى يجب على العامل هو السقى والابار . واختلفوا فى الجداذ على من هو وفى سد الحظار وتنقية العين والسانية . اما مالك فقال فى الموطا السنة فى المساقاة التى تجوز لرب الحائط ان يشترطه سد الحظار وخم العين وشرب الشراب وإبار النخل وقطع الجريد وجذ الثمر هذا وأشباهه هو على العامل وهذا الكلام يحتمل أن يفهم منه دخول هذه فى المساقاة بالشرط ويمكن أن يفهم منه دخولها فيها بنفس العقد . وقال الشافعى ليس عليه سد الحظار لانه ليس من جنس مايؤثر فى زيادة الثمرة مثل الابار والسقى . وقال محمد بن الحسن ليس عليه تنقية السوانى والانهار . وأما الجداذ فقال مالك والشافعى هو على العامل الا أن مالكا قال ان اشترطه العامل على رب المال جاز . وقال الشافعى لايجوز شرطه وتنفسخ المساقاة ان وقع وقال أبو محمد بن الحسن الجداذ بينهما نصفين وقال المحصلون من أصحاب مالك ان العمل فى الحائط على وجهين عمل ليس له تاثير فى اصلاح الثمر وعمل له تاثير فى اصلاحها والذى له تاثير فى اصلاحها منه مايتابد ويبقى بعد الثمر ومنه مالا يبقى بعد الثمر فاما الذى ليس له تاثير فى اصلاح الثمر فلا يدخل فى المساقاة لابنفس العقد ولا بالشرط الا الشيء اليسير منه . وأما ماله تاثير فى اصلاح الثمر ويبقى بعد الثمر فيدخل عنده بالشرط فى المساقاة لابنفس العقد مثل انشاء حفر بئر أو انشاء ظفيرة للماء أو انشاء غرس أو انشاء بيت يجنى فيه الثمر . وأما ماله تاثير فى اصلاح الثمر ولا يتابد فهو لازم بنفس العقد وذلك مثل الحفر والسقى وزبر الكرم وتقليم الشجر والتذكير والجداذ وما أشبه ذلك وأجمعوا على ان ماكان فى الحائط من الدواب والعبيد أنه ليس من حق العامل واختلفوا فى شرط العامل ذلك على المساقى . فقال مالك يجوز ذلك فيما كان منها فى الحائط قبل المساقاة . وأما ان اشترط فيها مالم يكن فى الحائط فلا يجوز . وقال الشافعى لاباس بذلك وان لم يكن فى الحائط وبه قال ابن نافع من أصحاب مالك . وقال محمد بن الحسن لايجوز أن يشترطه العامل على رب المال ولو اشترطه رب المال على العامل جاز ذلك ووجه كراهيته ذلك مايلحق فى ذلك من الجهل بنصيب رب المال ومن أجازه رأى ان ذلك تافه يسير ولتردد الحكم بين هذين الأصلين استحسن مالك ذلك فى الرقيق الذى يكون فى الحائط فى وقت المساقاة ومنعه فى غيرهم لان اشتراط المنفعة فى ذلك أظهر وانما فرق محمد بن الحسن لان اشتراطهما على العامل هو من جنس ماوجب عليه من المساقاة وهو العمل

بيده واتفق القائلون بالمساقاة على انه ان كانت النفقة كلها على رب الحائط وليس على العامل الا ان ما يعمل بيده ان ذلك لايجوز لانها اجارة بمالم يخلق فهذه هي صفات هذا الركن والشروط الجائزة فيه من غير الجائزة .

﴿ الركن الثالث ﴾

وأجمعوا على أن المساقاة تجوز بكل ما اتفقا عليه من أجزاء الثمر فاجاز مالك أن تكون الثمرة كلها للعامل كما فعل في القراض وقد قيل أن ذلك منحة لا مساقاة وقيل لا يجوز. واتفقوا على أنه لا يجوز فيها اشتراط منفعة زائدة مثل أن يشترط أحدهما على صاحبه زيادة دراهم أو دنانير ولا شيئاً من الاشياء الخارجة عن المساقاة الاالشيء اليسير عند مالك مثل سد الحظار واصلاح الظفيرة وهي مجمع الماء ولا يجوز عندمالك ان يساقى على حائطين أحدهما على جزء والآخر على جزء آخر واحتج بفعله عليه السلام في خيبر وذلك انه ساقى على حوائط مختلفة بجزء واحد وفيه خلاف . وأكثر العلماء على أن القسمة بين العامل والمساقى في الثمر لا تكون الا بالكيل وكذلك في الشركة وأنها لا تجوز بالخرص وأجاز قوم قسمتها بالخرص واختلف في ذلك أصحاب مالك واختلفت الرواية عنه فقيل يجوز وقيل لا يجوز من الثمار في الربوية ويجوز في غير ذلك وقيل يجوز باطلاق اذا اختلفت حاجة الشريكين وحجة الجمهور أن ذلك يدخله الفساد من جهة المزابنة ويدخله بيع الرطب بالتمر وبيع الطعام بالطعام نسيئة وحجة من أجاز قسمتها بالخرص تشبيهها بالعرية وبالخرص في الزكاة وفيه ضعف واقوى ما اعتمدوا عليه في ذلك ماجاء من الخرص في مساقات خيبر من مرسل سعيد بن المسيب وعطاء ابن يسار .

﴿ الركن الرابع ﴾

وأما اشتراط الوقت في المساقاة فهو صنفان وقت هو مشترط في جواز المساقاة ووقت هو شرط في صحة العقد وهو المحدد لمدتها. فاما الوقت المشترط في جواز عقدها فانهم اتفقوا على أنها تجوز قبل بدو الصلاح واختلفوا في جواز ذلك بعد بدو الصلاح فذهب الجمهور من القائلين بالمساقاة على أنه لايجوز بعد الصلاح . وقال سحنون من أصحاب مالك لابأس بذلك واختلف قول الشافعي في ذلك فمرة قال لايجوز ومرة قال يجوز وقد قيل عنه أنها لاتجوز اذا خلق الثمر وعمدة الجمهور أن مساقاة مابدا صلاحه من الثمر ليس فيه عمل ولاضرورة داعية الى المساقاة اذ كان يجوز بيعه في

ذلك الوقت قالوا وانما هي اجارة ان وقعت وحجة من أجازها أنه اذا جازت قبل أن يخلق الثمر فهي بعد بدو الصلاح اجوز ومن هنا لم تجز عندهم مساقاة البقول لانه يجوز بيعها أعني عند الجمهور. وأما الوقت الذي هو شرط في مدة المساقاة فان الجمهور على أنه يجوز أن يكون مجهولا أعني مدة غير مؤقتة وأجاز طائفة أن يكون الى مدة غير مؤقتة منهم أهل الظاهر وعمدة الجمهور مايدخل في ذلك من الغرر قياسا على الاجارة وعمدة أهل الظاهر ماوقع في مرسل مالك من قوله صلى الله عليه وسلم أقركم ماأقركم الله وكره مالك المساقاة فيما طال من السنين وانقضاء السنين فيها هو بالجذلا بالاهلة. وأما هل اللفظ شرط في هذا العقد فاختلفوا في ذلك فذهب ابن القاسم الى أن من شرط صحتها أن لاتنعقد الا بلفظ المساقاة وأنه ليس تنعقد بلفظ الاجارة وبه قال الشافعي وقال غيرهم تنعقد بلفظ الاجارة وهو قياس قول سحنون.

القول في احكام الصحة

والمساقاة عند مالك من العقود اللازمة باللفظ لا بالعمل بخلاف القراض عنده الذي ينعقد بالعمل لا باللفظ وهو عند مالك عقد مورث ولورثة المساقي أن يأتوا بأمين يعمل ان لم يكونوا أمناء وعليه العمل ان أبى الورثة من تركته. وقال الشافعي اذا لم يكن له تركة سلم الى الورثة رب المال أجرة ماعمل وفسد العقد وان كانت له تركة لزمته المساقاة. وقال الشافعي تنفسخ المساقاة بالعجز ولم يفصل. وقال مالك اذا عجز وقد حل بيع الثمر لم يكن له أن يساقي غيره ووجب عليه أن يستأجر من يعمل وان لم يكن له شيء استؤجر من حظه من الثمر واذا كان العامل لصا أو ظالما لم ينفسخ العقد بذلك عند مالك وحكي عن الشافعي أنه قال يلزمه أن يقيم غيره للعمل. وقال الشافعي اذا هرب العامل قبل تمام العمل استأجر القاضي عليه من يعمل عمله ويجوز عند مالك أن يشترط كل واحد منهما على صاحبه الزكاة بخلاف القراض ونصابهما عنده نصاب الرجل الواحد بخلاف قوله في الشركاء واذا اختلف رب المال والعامل في مقدار ما وقعت عليه المساقاة من الثمر. فقال مالك القول قول العامل مع يمينه اذا أتى بما يشبه. وقال الشافعي يتحالفان ويتفاسخان وتكون للعامل الاجرة شبهه بالبيع وأوجب مالك اليمين في حق العامل لانه مؤتمن. ومن أصله أن اليمين تجب على أقوى المتداعيين شبهة وفروع هذا الباب كثيرة لكن التي اشتهر الخلاف فيها بين الفقهاء هي هذه التي ذكرناها.

احكام المساقاة الفاسدة

واتفقوا على أن المساقاة اذا وقعت على غير الوجه الذى جوزها الشرع أنها تنفسخ ما لم تفت بالعمل واختلفوا اذا فاتت بالعمل ماذا يجب فيها فقيل إنها ترد الى اجارة المثل في كل نوع من أنواع الفساد وهو قياس قول الشافعى وقياس احدى الروايتين عن مالك وقيل أنها ترد الى مساقاة المثل باطلاق وهو قول ابن الماجشون وروايته عن مالك . وأما ابن القاسم فقال في بعضها ترد الى مساقاة مثلها وفي بعضها الى اجارة المثل واختلف التأويل عنه في ذلك فقيل في مذهبه أنها ترد الى اجارة المثل الا في أربع مسائل فانها ترد الى مساقاة مثلها ؛ أحدها المساقاة في حائط فيه تمر قد أطعم . والثانية اذا اشترط المساقى على رب المال أن يعمل معه ، والثالثة المساقاة مع البيع في صفقة واحدة ، والرابعة اذا ساقاه فى حائط سنة على الثلث وسنة على النصف وقيل أن الاصل عنده في ذلك أن المساقاة اذا لحقها الفساد من قبل ما دخلها من الاجارة الفاسدة أو من بيع الثمر من قبل أن يبدو صلاحه وذلك مما يشترطه أحدهما على صاحبه من زيادة رد فيها الى أجرة المثل مثل أن يساقيه على أن يزيد أحدهما صاحبه دنانير أو دراهم وذلك أن هذه الزيادة ان كانت من رب الحائط كانت اجارة فاسدة وان كانت من العامل كانت بيع الثمر قبل أن يخلق . وأما فساده من قبل الغرر مثل المساقاة على حوائط مختلفة فيرد الى مساقاة المثل وهذا كله استحسان جار على غير قياس وفي المسئلة قول رابع وهو أنه يرد الى مساقاة مثله ما لم يكن أكثر من الجزء الذى شرط عليه ان كان الشرط للمساقى أو أقل ان كان الشرط للمساقى وهذا كاف بحسب غرضنا .

(بسم الله الرحمن الرحيم)

(وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما)

كتاب الشركة

والنظر في الشركة في أنواعها وفي أركانها الموجبة للصحة في الاحكام ونحن نذكر من هذه الابواب ما اتفقوا عليه وما اشتهر الخلاف فيه بينهم على ما قصدناه في

هذا الكتاب والشركة بالجملة عند فقهاء الأمصار على أربعة أنواع . شركة العنان وشركة الابدان . وشركة المفاوضة . وشركة الوجوه واحدة منها متفق عليها وهي شركة العنان وان كان بعضهم لم يعرف هذا اللفظ وان كانوا اختلفوا في بعض شروطها على ما سيأتي بعد والثلاثة مختلف فيها ومختلف في بعض شروطها عند من اتفق منهم عليها .

(القول في شركة العنان)

وأركان هذه الشركة ثلاثة الاول محلها من الاموال . والثاني في معرفة قدر الربح من قدر المال المشترك فيه . والثالث في معرفة قدر العمل من الشريكين من قدر المال .

(الركن الاول)

فاما محل الشركة فنه ما اتفقوا عليه ومنه ما اختلفوا فيه فاتفق المسلمون على أن الشركة تجوز في الصنف الواحد من العين أعني الدنانير والدراهم وان كانت في الحقيقة بيعا لا تقع فيه مناجزة ومن شرط البيع في الذهب وفي الدراهم المناجزة لكن الاجماع خصص هذا المعنى في الشركة وكذلك اتفقوا فيما أعلم على الشريكين بالعرضين يكونان بصفة واحدة . واختلفوا في الشركة بالعرضين المختلفين وبالعيون المختلفة مثل الشركة بالدنانير من أحدهما والدراهم من الآخر وبالطعام الربوى اذا كان صنفا واحدا فهنا ثلاث مسائل .

(المسئلة الاولى) فاما اذا اشتركا في صنفين من العروض أو في عروض ودراهم أو دنانير فأجاز ذلك ابن القاسم وهو مذهب مالك وقد قيل عنه أنه كره ذلك وسبب الكراهية اجتماع الشركة فيها والبيع وذلك أن يكون العرضان مختلفين كان كل واحد منهما باع جزأ من عرضه بجزء من العرض الآخر ومالك يعتبر في العروض اذا وقعت فيها الشركة القيم والشافعي يقول لاتنعقد الشركة الا على أثمان العروض وحكى أبو حامد أن ظاهر مذهب الشافعي يشير الى أن الشركة مثل القراض لاتجوز الا بالدراهم والدنانير . قال والقياس أن الاشاعة فيها تقوم مقام الخلط.

(المسئلة الثانية) وأما ان كان الصنفان مما لايجوز فيها النساء مثل الشركة بالدنانير من عند أحدهما والدراهم من عند الآخر أو بالطعامين المختلفين فاختلف في ذلك قول مالك فاجازه مرة ومنعه مرة وذلك لما يدخل الشركة بالدراهم من عند أحدهما والدنانير من عند الآخر من الشركة والصرف وعدم التناجز ولما يدخل

الطعامين المختلفين من الشركة وعدم التناجز وبالمنع قال ابن القاسم ومن لم يعتبر هذه العلل اجازها .

(المسئلة الثالثة) وأما الشركة بالطعام من صنف واحد فاجازها ابن القاسم قياسا على اجماعهم على جوازها في الصنف الواحد من الذهب أوالفضة ومنعها مالك في أحد قوليه وهو المشهور بعدم المناجزة الذى يدخل فيه اذ رأى أن الاصل هو أن لا يقاس على موضع الرخصة بالاجماع وقد قيل ان وجه كراهية مالك لذلك أن الشركة تفتقر الى الاستواء فى القيمة والبيع يفتقر الى الاستواء في الكيل فافتقرت الشركة بالطعامين من صنف واحد الى استواء في القيمة والكيل وذلك لايكاد يوجد فكره مالك ذلك فهذا هو اختلافهم في جلس محل الشركة . واختلفوا هل من شرط مال الشركة ان يختلط أولا يختلط فقال مالك ان من شرط مالى الشركة ان يختلطا اما حسا واما حكما مثل أن يكونا في صندوق واحد وأيديهما مطلقة عليهما ، وقال الشافعى لاتصح الشركة حتى يخلطا ماليهما خلطا لايتميز به مال احدهما من مال الآخر وقال أبو حنيفة تصح الشركة وان كان مال كل واحد منهما بيده فابو حنيفة اكتفى في انعقاد الشركة بالقول ومالك اشترط الى ذلك اشتراك التصرف في المال والشافعى اشترط الى هذين الاختلاط والفقه ان بالاختلاط يكون عمل الشريكين افضل وأتم لان النصح يوجد منه لشريكه كما يوجد لنفسه فهذا هو القول في هذا الركن وفي شروطه .

(فاما الركن الثانى) وهو وجه اقتسامهما الربح فانهم اتفقوا على أنه اذا كان الربح تابعا لرؤس الاموال أعنى ان كان أصل مالى الشركة متساويين كان الربح بينهما بنصفين واختلفوا هل يجوز ان يختلف رؤس اموالهما ويستويان في الربح فقال مالك والشافعى ذلك لايجوز وقال أهل العراق يجوز ذلك وعمدة من منع ذلك تشبيه الربح بالخسران فكما انه لو اشترط أحدهما جزأ من الخسران لم يجز كذلك اذا اشترط جزأ من الربح خارجا عن ماله وربما شبهوا الربح بمنفعة العقار الذى بين الشريكين أعنى أن المنفعة بينهما تكون على نسبة أصل الشركة . وعمدة أهل العراق تشبيه الشركة بالقراض وذلك أنه لما جاز في القراض أن يكون للعامل من الربح ما اصطلحا عليه والعامل ليس يجعل مقابله الا عملا فقط كان فى الشركة احرى ان يجعل للعمل جزء من المال اذ كانت الشركة مالا من كل واحد منهما وعملا فيكون ذلك الجزء من الربح مقابلا لفضل عمله على عمل صاحبه فان الناس يتفاوتون في العمل كما يتفاوتون في غير ذلك .

(وأما الركن الثالث) الذى هو العمل فانه تابع كما قلنا عند مالك للمال فلا

يعتبر بنفسه وهو عند أبى حنيفة يعتبر مع المال وأظن أن من العلماء من لا يجيز الشركة الا أن يكون مالاهما متساويين التفاتا الى العمل فانهم يرون أن العمل فى الغالب مستو فاذا لم يكن المال بينهما على التساوى كان هنالك غبن على أحدهما في العمل ولهذا قال ابن المنذر أجمع العلماء على جواز الشركة التى يخرج فيها كل واحد من الشريكين مالا مثل مال صاحبه من نوعه أعنى دراهم أو دنانير ثم يخلطانهما حتى يصيرا مالا واحداً لا يتميز على أن يبيعا ويشتريا ما رأيا من أنواع التجارة و على ان ما كان من فضل فهو بينهما بنصفين وما كان من خسارة فهو كذلك وذلك اذا باع كل واحد منهما بحضرة صاحبه واشتراطه هذا الشرط يدل على أن فيه خلافا . والمشهور عند الجمهور انه ليس من شرط الشركة ان يبيع كل واحد منهما بحضرة صاحبه .

﴿القول فى شركة المفاوضة﴾

واختلفوا في شركة المفاوضة فاتفق مالك وأبو حنيفة بالجملة على جوازها وان كان اختلفوا في بعض شروطها وقال الشافعي لا يجوز . ومعنى شركة المفاوضة ان يفوض كل واحد من الشريكين الى صاحبه التصرف في ماله مع غيبته وحضوره وذلك واقع عندهم فى جميع أنواع المتملكات وعمدة الشافعي ان اسم الشركة انما ينطلق على اختلاط الاموال فان الارباح فروع ولا يجوز ان تكون الفروع مشتركة الا باشتراك اصولها وأما اذا اشترط كل واحد منهما ربحا لصاحبه في ملك نفسه فذلك من الغرر ومما لا يجوز وهذه صفة شركة المفاوضة وأما مالك فيرى أن كل واحد منهما قد باع جزأ من ماله بجزء من مال شريكه ثم وكل كل واحد منهما صاحبه على النظر في الجزء الذى بقى فى يده والشافعي يرى أن الشركة ليست هي بيعا ووكالة وأما أبو حنيفة فهو ههنا على أصله في انه لا يراعى في شركة العنان الا النقد فقط وأما ما يختلف فيه مالك وأبو حنيفه من شروط هذه الشركة فان أبا حنيفة يرى ان من شرط المفاوضة التساوى في رؤس الاموال وقال مالك ليس من شرطها ذلك تشبيها بشركة العنان وقال أبو حنيفة لا يكون لاحدهما شىء الا ان يدخل فى الشركة وعمدتهم أن اسم المفاوضة يقتضى هذين الامرين أعنى تساوى المالين وتعميم ملكهما .

﴿القول في شركة الابدان﴾

وشركة الابدان بالجملة عند أبى حنيفة والمالكية جائزة ومنع منها الشافعي وعمدة

الشافعية أن الشركة انما تختص بالاموال لابالاعمال لان ذلك لاينضبط فهو غرر عندهم اذ كان عمل كل واحد منهما مجهولا عند صاحبه وعمدة المالكية اشتراك الغانمين في الغنيمة وهم انما استحقوا ذلك بالعمل وما روى من ان ابن مسعود شارك سعداً يوم بدر فأصاب سعد فرسين ولم يصب ابن مسعود شيئاً فلم ينكر النبي صلى الله عليه وسلم عليهما وأيضا فان المضاربة انما تنعقد على العمل فجاز أن تنعقد عليه الشركة وللشافعي ان المفاوضة خارجة عن الاصول فلا يقاس عليها وكذلك يشبه أن يكون حكم الغنيمة خارجا عن الشركة ومن شرطها عند مالك اتفاق الصنعتين والمكان وقال أبو حنيفة تجوز مع اختلاف الصنعتين فيشترك عنده الدباغ والقصار ولايشتركان عند مالك وعمدة مالك زيادة الغرر الذى يكون عند اختلاف الصنعتين أو اختلاف المكان وعمدة أبى حنيفة جواز الشركة على العمل :

(القول في شركة الوجوه الصحيحة)

وشركة الوجوه عند مالك والشافعي باطلة وقال أبو حنيفه هي جائزة وهذه الشركة هي الشركة على الذمم من غير صنعة ولامال وعمدة مالك والشافعي ان الشركة انما تتعلق على المال أو على العمل وكلاهما معدومان فى هذه المسئلة مع ما فى ذلك من الغرر لان كل واحد منهما عاوض صاحبه بكسب غير محدود بصناعة ولا عمل مخصوص وأبو حنيفة يعتمد انه عمل من الاعمال فجاز أن تنعقد عليه الشركة .

(القول في أحكام الشركة الصحيحة)

وهى من العقود الجائزة لامن العقود اللازمة أى لاحد الشريكين ان ينفصل من الشركة متى شاء وهى عقد غير موروث ونفقتهما وكسوتهما من مال الشركة اذا تقاربا في العيال ولم يخرجا عن نفقة مثلهما ويجوز لاحد الشريكين ان يبضع وان يقارض وان يودع اذا دعت الى ذلك ضرورة ولايجوز له ان يهب شيئا من مال الشركة ولا ان يتصرف فيه الا تصرفا يرى أنه نظر لهما . وأما من قصر فى شىء أو تعدى فهو ضامن مثل أن يدفع مالا من التجارة فلا يشهد وينكره القابض فانه يضمن لانه قصر اذ لم يشهد وله أن يقبل الشئ المعيب في الشراء واقرار أحد الشريكين في مال لمن يتهم عليه لايجوز وتجوز اقالته وتوليته ولا يضمن أحد الشريكين ماذهب من مال التجارة باتفاق ولا يجوز للشريك المفاوض ان يقارض غيره الا باذن شريكه ويتنزل كل واحد منهما منزلة صاحبه فيماله وفيما عليه في مال التجارة وفروع هذا الباب كثيرة .

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

﴿ وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم ﴾

(كتاب الشفعة)

والنظر في الشفعة أولا في قسمين * القسم الاول في تصحيح هذا الحكم وفي اركانه * القسم الثاني في أحكامه.

﴿ القسم الاول ﴾

فاما وجوب الحكم بالشفعة فالمسلمون متفقون عليه لما ورد في ذلك من الاحاديث الثابته وأركانها ، أربعة الشافع ، والمشفوع عليه ، والمشفوع فيه ، وصفة الاخذ بالشفعة

﴿ الركن الاول ﴾

وهو الشافع ذهب مالك والشافعي وأهل المدينة الى ان لا شفعة الا للشريك مالم يقاسم وقال أهل العراق الشفعة مرتبة فاولى الناس بالشفعة الشريك الذي لم يقاسم ثم الشريك المقاسم اذا بقيت في الطرق أو في الصحن شركة ثم الجار الملاصق وقال أهل المدينة لا شفعة للجار ولا للشريك المقاسم وعمدة أهل المدينة مرسل مالك عن ابن شهاب عن أبي سلمة بن عبد الرحمن وسعيد بن المسيب أن رسول الله صلى الله عليه وسلم : قضى بالشفعة فيما لم يقسم بين الشركاء فاذا وقعت الحدود بينهم فلا شفعة وحديث جابر أيضا أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى بالشفعة فيما لم يقسم فاذا وقعت الحدود فلا شفعة خرجه مسلم والترمذي وأبو داود وكان أحمد بن حنبل يقول حديث معمر عن الزهري عن أبي سلمة بن عبد الرحمن عن مالك أصح ماروى في الشفعة وكان ابن معين يقول مرسل مالك أحب الي اذ كان مالك انما رواه عن ابن شهاب موقوفا وقد جعل قوم هذا الاختلاف على ابن شهاب في إسناده توهينا له وقدروى عن مالك في غير الموطأ عن ابن شهاب عن أبي هريرة ووجه استدلالهم من هذا الاثر ماذكر فيه من أنه اذا وقعت الحدود فلا شفعة وذلك انه اذا كانت الشفعة غير واجبة للشريك المقاسم فهي أحرى أن لاتكون واجبة للجار وأيضا فان الشريك المقاسم هو جار اذا قاسم وعمدة أهل العراق حديث ابن رافع عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال: الجار أحق بصقبه وهو حديث

متفق عليه وخرج الترمذى وأبو داود عنه عليه السلام انه قال : جار الدار أحق بدار الجار وصححه الترمذى ومن طريق المعنى لهم أيضا انه لما كانت الشفعة انما المقصود منها دفع الضرر الداخل من الشركة وكان هذا المعنى موجودا في الجار وجب أن يلحق به ولاهل المدينة أن يقولوا وجود الضرر في الشركة أعظم منه في الجوار وبالجملة فعمدة المالكية ان الاصول تقتضى أن لايخرج ملك أحد من يده الا برضاه وأن من اشترى شيئا فلا يخرج من يده الابرضاه حتى يدل الدليل على التخصيص وقد تعارضت الآثار في هذا الباب فوجب أن يرجح ماشهدت له الاصول ولكلا القولين سلف متقدم لاهل العراق من التابعين ولاهل المدينة من الصحابة .

﴿ الركن الثانى ﴾

وهو المشفوع فيه اتفق المسلمون على أن الشفعة واجبة في الدور والعقار والارضين كلها واختلفوا فيما سوى ذلك فتحصيل مذهب مالك انها في ثلاثة أنواع ، أحدها مقصود وهو العقار من الدور والحوانيت والبساتين ،والثانى مايتعلق بالعقار مما هو ثابت لاينقل ولايحول وذلك كالبئر ومحال النخل مادام الاصل فيها على صفة تجب فيها الشفعة عنه وهو أن يكون الاصل الذى هو الارض مشاعا بينه وبين شريكه غير مقسوم، والثالث ما تعلق بهذه كالثمار وفيها عنه خلاف وكذلك كراء الارض للزرع وكتابة المكاتب واختلف عنه في الشفعة في الحمام والرحا وأما ما عدى هذا من العروض والحيوان فلا شفعة فيها عنده وكذلك لا شفعة عنده في الطريق ولا في عرصة الدار واختلف عنه في أكرية الدور وفي المساقاة وفي الدين هل يكون الذى عليه الدين أحق به وكذلك الذى عليه الكتابة وبه قال عمر بن عبد العزيز وروى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى بالشفعة في الدين وبه قال أشهب من أصحاب مالك وقال ابن القاسم لاشفعة في الدين ولم يختلفا في ايجابها في الكتابة لحرمة العتق وفقهاء الامصار أن لاشفعة الا في العقار فقط وحكى عن قوم ان الشفعة في كل شيء ماعدى المكيل والموزون ولم يجز أبو حنيفة الشفعة في البئر والفحل وأجازها في العرصة والطريق ووافق الشافعى مالكا في العرصة وفي الطريق وفي البئر وخالفاه جميعا في الثمار وعمدة الجمهور في قصر الشفعة على العقار ماورد في الحديث الثابت من قوله عليه السلام : الشفعة فيما لم يقسم فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة فكانه قال الشفعة فيما تمكن فيه القسمة مادام لم يقسم وهذا استدلال بدليل الخطاب وقد أجمع عليه في هذا الموضع فقهاء الامصار مع اختلافهم فى صحة الاستدلال به . وأما عمدة من أجازها في كل شيء فله

خرجه الترمذي عن ابن عباس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال الشريك شفيع والشفعة في كل شيء ولان معنى ضرر الشركة والجوار موجود في كل شيء وان كان في العقار أظهر ولمالحظ هذا مالك أجرى مايتبع العقار مجرى العقار فاستدل أبوحنيفة على منع الشفعة في البئر بما روى : لاشفعة في بئر ومالك حمل هــذا الاثر على آبار الصحارى التي تعمل في الأرض الموات لاالتي تكون في أرض متملكة .

(الركن الثالث)

وأما المشفوع عليه فانهم اتفقوا على أنه من انتقل اليه الملك بشراء من شريك غير مقاسم أومن جار عند من يرى الشفعة للجار. واختلفوا فيمن انتقل اليه الملك بغير شراء فالمشهور عن عن مالك ان الشفعة انما تجب اذا كان انتقال الملك بعوض كالبيع والصلح والمهر وارش الجنايات وغير ذلك وبه قال الشافعي وعنه رواية ثانية انها تجب بكل ملك انتقل بعوض أو بغير عوض كالهبة لغير الثواب والصدقة ماعدا الميراث فانه لاشفعة عند الجميع فيه باتفاق. وأما الحنيفة فالشفعة عندهم في المبيع فقط وعمدة الحنيفة ظاهر الاحاديث وذلك أن مفهومها يقتضي انها في المبيعات بل ذلك نص فيها لان في بعضها فلا يبع حتى يستأذن شريكه . وأما المالكية فرأت أن كل ما انتقل بعوض فهو في معنى البيع ووجه الرواية الثانية أنها اعتبرت الضرر فقط وأما الهبة للثواب فلا شفعة فيها عند أبي حنيفة ولا الشافعي أما أبو حنيفة فلان الشفعة عنده في المبيع فقط وأما الشافعي فلان هبة الثواب عنده باطلة وأما مالك فلا خلاف عنده وعند أصحابه في أن الشفعة فيها واجبة واتفق العلماء على أن المبيع الذي بالخيار أنه اذا كان الخيار فيه للبائع ان الشفعة لا تجب حتى يجب البيع واختلفوا اذا كان الخيار للمشتري فقال الشافعي والكوفيون الشفعة واجبة عليه لان البائع قد صرم الشقص عن ملكه وأبانه منه وقيل أن الشفعة غير واجبة عليه لانه غير ضامن وبه قال جماعة من أصحاب مالك واختلف في الشفعة في المساقاة وهي تبديل أرض بأرض فعن مالك في ذلك ثلاث روايات الجواز والمنع والثالث أن تكون المناقلة بين الاشراك أو الاجانب فلم يرها في الاشراك ورآها في الاجانب .

(الركن الرابع في الاخذ بالشفعة)

والنظر في هذا الركن بماذا يأخذ الشفيع وكم يأخذ ومتى يأخذ فاما بماذا يأخذ فانهم اتفقوا على أنه يأخذ في البيع بالثمن ان كان حالا واختلفوا اذا كان البيع الى أجــل هل

يأخذه الشفيع بالثمن الى ذلك الاجل أو يأخذ المبيع بالثمن حالا أو هو مخير فقال مالك يأخذه بذلك الاجل اذا كان مليا أو يأتي بضامن ملىء وقال الشافعي الشفيع مخير فان عجل تعجلت الشفعة والا تتأخر الى وقت الاجل وهو نحو قول الكوفيين وقال الثورى لايأخذها الا بالنقد لانها قد دخلت في ضمان الاول قال ومنا من يقول تبقى في يد الذى باعها فاذا بلغ الاجل أخذها الشفيع والذين رأوا الشفعة في سائر المعاوضات مما ليس ببيع فالمعلوم عنهم انه يأخذ الشفعة بقيمة الشقص ان كان العوض مما ليس يتقدر مثل ان يكون معطى في خلع واما أن يكون معطى في شىء يتقدر ولم يكن دنانير ولا دراهم ولا بالجملة مكيلا ولا موزونا فانه يأخذه بقيمة ذلك الشىء الذى دفع الشقص فيه وان كان ذلك الشىء محدود القدر بالشرع أخذ ذلك الشقص بذلك القدر مثل أن يدفع الشقص في موضحة وجبت عليه أو منقلة فانه ياخذه بدية الموضحة أو المنقلة . وأما كم ياخذ فان الشفيع لايخلو أن يكون واحداً أو أكثر والمشفوع عليه أيضاً لايخلو أن يكون واحداً أو أكثر فاما أن كان الشفيع واحداً والمشفوع عليه واحداً فلا خلاف فى ان الواجب على الشفيع أن يأخذ الكل أو يدع . وأما اذا كان المشفوع عليه واحدا والشفعاء أكثر من واحد فانهم اختلفوا من ذلك في موضعين ، أحدهما في كيفية قسمة المشفوع فيه بينهم ، والثاني اذا اختلفت أسباب شركتهم هل يحجب بعضهم بعضا عن الشفعة أم لا مثل أن يكون بعضهم شركاء فى المال الذى ورثوه لانهم أهل سهم واحد وبعضهم لانهم عصبة .

(فأما المسئلة الاولى)

وهي كيفية توزيع المشفوع فيه فان مالكا والشافعي وجمهور أهل المدينة يقولون أن المشفوع فيه يقتسمونه بينهم على قدر حصصهم فمن كان نصيبه من أصل المال الثلث مثلا أخذ من الشقص بثلث الثمن ومن كان نصيبه الربع أخذ الربع وقال الكوفيون هي على عدد الرؤس على السواء وسواء في ذلك الشريك ذو الحظ الاكبر وذو الحظ الاصغر وعمدة المدنيين أن الشفعة حق يستفاد وجوبه بالملك المتقدم فوجب أن يتوزع على مقدار الاصل أصله الاكرية فى المستأجرات المشتركة والربح في شركة الاموال وأيضا فان الشفعة إنما هي لازالة الضرر والضرر داخل على كل واحد منهم على غير استواء لانه إنما يدخل على كل واحد منهم بحسب حصته فوجب ان يكون استحقاقهم لدفعه على تلك النسبة وعمدة الحنفية ان وجوب الشفعة انما يلزم بنفس الملك فيستوى في ذلك أهل الحظوظ المختلفة

لاستوائهم في نفس الملك وربما شبهوا ذلك بالشركاء في العبد يعتق بعضهم نصيبه أنه يقوم على المعتقين على السوية أعني حظ من لم يعتق

(واما المسئلة الثانية) فان الفقهاء اختلفوا فى دخول الاشراك الذين هم عصبة في الشفعة مع الاشراك الذين شركتهم من قبل السهم فقال مالك أهل السهم الواحد أحق بالشفعة اذا باع أحدهم من الاشراك معهم في المال من قبل التعصيب وانه لايدخل ذو والعصبة في الشفعة أهل السهام المقدرة ويدخل ذوالسهام على ذوى التعصيب مثل ان يموت ميت فيترك عقاراً ترثه عنه بنتان وابناعم ثم تبيع البنت الواحدة حظها فان البنت الثانية عند مالك هي التى تشفع في ذلك الحظ الذى باعته اختها فقط دون ابنى العم وان باع أحد ابنى العم نصيبه يشفع فيه البنات وابن العم الثانى وبهذا القول قال ابن القاسم وقال أهل الكوفة لايدخل ذو السهام على العصبات ولا العصبات على ذوى السهام ويتشافع أهل السهم الواحد فيما بينهم خاصة وبه قال أشهب وقال الشافعى في أحد قوليه يدخل ذوو السهام على العصبات والعصبات على ذوى السهام وهو الذى اختاره المزنى وبه قال المغيرة من أصحاب مالك وعمدة مذهب الشافعى عموم قضائه صلى الله عليه وسلم بالشفعة بين الشركاء ولم يفصل ذوى سهم من عصبة ومن خصص ذوى السهام من العصبات فلانه رأى أن الشركة مختلفة الاسباب أعنى بين ذوى السهام وبين العصبات فشبه الشركات المختلفة الاسباب بالشركات المختلفة من قبل محالها الذى هو المال بالقسمة بالاموال ومن ادخل ذوى السهام على العصبة ولم يدخل العصبة على ذوى السهام فهو استحسان على غير قياس ووجه الاستحسان أنه رأى ان ذوى السهام أقعد من العصبة . وأما اذا كان المشفوع عليهما اثنين فا كثر فاراد الشفيع ان يشفع على أحدهما دون الثانى فقال ابن القاسم إما أن يأخذ الكل أو يدع وقال أبو حنيفة وأصحابه والشافعى له أن يشفع على أيهما أحب وبه قال أشهب . فاما اذا باع رجلان شقصا من رجل فاراد الشفيع أن يشفع على أحدهما دون الثانى فان أباحنيفة منع ذلك وجوزه الشافعى . واما اذا كان الشافعون اكثر من واحد اعنى الاشراك فأراد بعضهم ان يشفع وسلم له الباقى في البيوع فالجمهور على ان للمشترى لن يقول لشريك إما ان تشفع في الجميع أو تترك وانه ليس له ان يشفع بحسب حظه الا ان يوافقه المشترى على ذلك وانه ليس له ان يبعض الشفعة على المشترى ان لم يرض بتبعيضها وقال أصبغ من اصحاب مالك ان كان ترك بعضهم الاخذ بالشفعة رفقا بالمشترى لم يكن للشفيع الا ان يأخذ حصته فقط ولا خلاف في مذهب مالك انه اذا كان بعض الشفعاء غائبا وبعضهم حاضراً فأرادا لحاضر ان يأخذ حصته فقط انه ليس له

ذلك الا ان يأخذ الكل أو يدع فاذا قدم الغائب فان شاء أخذ وان شاء ترك واتفقوا على إن من شرط الاخـذ بالشفعة ان تكون الشركة متقدمة على البيع واختلفوا هل من شرطها ان تكون موجودة فى حال البيع وان تكون ثابتة قبل البيع . فاما المسئلة الاولى وهى اذا لم يكن شريكا فى حال البيع وذلك يتصور بان يكون يتراخى عن الأخذ بالشفعة بسبب من الاسباب التى لا يقطع له الاخذ بالشفعة حتى يبيع الحظ الذى كان به شريكا فروى أشهب ان قول مالك اختلف فى ذلك فمرة قال له الاخذ بالشفعة ومرة قال ليس له ذلك واختار أشهب أنه لا شفعة له وهو قياس قول الشافعى والكوفيين لان المقصود بالشفعة انما هو ازالة الضرر من جهة الشركة وهذا ليس بشريك وقال ابن القاسم له الشفعة اذا كان قيامه فى أثره لانه يرى ان الحق الذى وجب له لم يرتفع ببيعه حظه . وأما المسـئلة الثانية فصورتها ان يستحق انسان شقصا فى أرض قـد بيع منها قبل وقت الاستحقاق شقص ما هل له ان يأخذ بالشفعة أم لا فقال قوم له ذلك لانه وجبت له الشفعة بتقدم شركته قبل البيع ولا فرق فى ذلك كانت يده عليه أو لم تكن وقال قوم لا تجب له الشفعة لانه انما ثبت له مال الشركة يوم الاستحقاق قالوا الا ترى أنه لا يأخذ الغلة من المشترى فاما مالك فقال ان طال الزمان فلا شفعة وان لم يطل ففيه الشفعة وهو استحسان . وأما متى يأخذ وهو له الشفعة فان الذى له الشفعة رجلان حاضر أو غائب . فاما الغائب فاجمع العلماء على ان الغائب على شفعته ما لم يعلم ببيع شريكه واختلفوا اذا علم وهو غائب فقال قوم تسقط شفعته وقال قوم لا تسقط وهو مذهب مالك والحجة له ما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم من حديث جابر أنه قال: الجار أحق بصقبه أو قال بشفعته ينتظر بها اذا كان غائبا وأيضا فان الغائب فى الاكثر معوق عن الاخذ بالشفعة فوجب عذره وعمدة الفريق الثانى ان سكوته مع العلم قرينة تدل على رضاه باسقاطها . وأما الحاضر فان الفقهاء اختلفوا فى وقت وجوب الشفعة له فقال الشافعى وابو حنيفة هى واجبة له على الفور بشرط العلم وامكان الطلب فان علم وأمكن الطلب ولم يطلب بطلت شفعته الا ان أبا حنيفة قال ان أشهد بالاخذ لم تبطل وان تراخى وأما مالك فليست عنده على الفور بل وقت وجوبها متسع واختلف قوله فى هذا الوقت هل هو محدود أم لا فمرة قال هو غير محدود وانها لا تنقطع أبدا الا أن يحدث المبتاع بناء أو تغييرا كثيرا بمعرفته وهو حاضر عالم ساكت ومرة حدد هذا الوقت فروى عنه السنة وهو الاشهر وقيل أكثر من سنة وقد قيل عنه ان الخمسة الاعوام لا تنقطع فيها الشفعة واحتج الشافعى بما روى أنه عليه الصلاة والسلام: قال الشفعة كحل العقال وقـد روى عن الشافعى ان أمدها ثلاثة أيام وأما من لم يسقط الشفعة بالسكوت واعتمد على أن السكوت

لايبطل حق امرىء مسلم مالم يظهر من قرائن أحواله مايدل على اسقاطه وكان هذا أشبه باصول الشافعى لان عنده أنه ليس يجب ان ينسب الى ساكت قول قائل وان اقترنت به أحوال تدل على رضاه ولكنه فيما أحسب اعتمد الاثر فهذا هو القول في ركان الشفعة وشروطها المصححة لها وبقي القول في الاحكام ٠

(القسم الثانى)

(القول في أحكام الشفعة) وهذه الاحكام كثيرة ولكن نذكر منها مااشتهر فيه الخلاف بين فقهاء الامصار فمن ذلك اختلافهم في ميراث حق الشفعة فذهب الكوفيون الى أنه لا يورث كما انه لا يباع وذهب مالك والشافعى وأهل الحجاز الى انها موروثة قياسا على الاموال وقد تقدم سبب الخلاف في هذه المسائل في مسئلة الرد بالعيب ومنها اختلافهم في عهدة الشفيع هل هى على المشترى أو على البائع فقال مالك والشافعى هى على المشترى وقال ابن أبى ليلى هى على البائع وعمدة مالك ان الشفعة انما وجبت للشريك بعد حصول ملك المشترى وصحته فوجب ان تكون عليه العهدة وعمدة الفريق الاخر أن الشفعة انما وجبت للشريك بنفس البيع فطروها على البيع فسخ له وعقد لها وأجمعوا على ان الاقالة لاتبطل الشفعة من رأى أنها بيع ومن رأى أنها فسخ أعنى الاقالة واختلف أصحاب مالك على من عهدة الشفيع فى الاقالة فقال ابن القاسم على المشترى وقال أشهب هو مخير ومنها اختلافهم اذا أحدث المشترى بناء أو غرسا أو ما يشبه في الشقص قبل قيام الشفيع ثم قام الشفيع يطلب شفعته فقال مالك لا شفعة الا ان يعطى المشترى قيمة ما بنى وما غرس وقال الشافعى وأبوحنيفة هو متعد والشفيع ان يعطيه قيمة بنائه مقلوعا أو يأخذه بنقضه والسبب في اختلافهم تردد تصرف المشفوع عليه العالم بوجوب الشفعة عليه بين شبهة تصرف الغاصب وتصرف المشترى الذى يطرأ عليه الاستحقاق وقد بنى في الارض وغرس وذلك أنه وسط بينهما فمن غلب عليه شبه الاستحقاق لم يكن له ان ياخذ القيمة ومن غلب عليه شبه التعدى قال له ان ياخذه بنقضه أو يعطيه قيمته منقوضا ومنها اختلافهم اذا اختلف المشترى والشفيع في مبلغ الثمن فقال المشترى اشتريت الشقص بكذا وقال الشفيع بل اشتريته باقل ولم يكن لواحد منهما بينة فقال جمهور الفقهاء القول قول المشترى لان الشفيع مدع والمشفوع عليه مدعى عليه وخالف في ذلك بعض التابعين فقالوا القول قول الشفيع لان المشترى قد أقر له بوجوب الشفعة وادعى عليه مقدارا من الثمن لم يعترف له به وأما أصحاب مالك فاختلفوا في هذه المسئلة فقال ابن القاسم القول قول المشترى اذا

أتى بما يشبه باليمين فان أتى بمالا يشبه فالقول قول الشفيع وقال أشهب اذا أتى بما يشبه فالقول قول المشترى بلا يمين وفيما لايشبه باليمن وحكى عن مالك انه قال اذا كان المشترى ذا سلطان يعلم بالعادة انه يزيد في الثمن قبل قول المشترى بغير يمين وقيل اذا أتى المشترى بمالا يشبه رد الشفيع الى القيمة وكذلك فيما أحسب اذا أتى كل واحد منهما بمالا يشبه واختلفوا اذا أتى كل واحد منهما ببينة وتساوت في العدالة فقال ابن القاسم يسقطان معا ويرجع الى الاصل من أن القول قول المشترى مع يمينه وقال أشهب البينة بينة المشترى لانها زادت عليها :

بسم الله الرحمن الرحيم

(وصلي الله علي سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما)

﴿كتاب القسمة﴾

والاصل في هذا الكتاب قوله تعالى «واذا حضر القسمة أولوا القربى» وقوله « مما قل منه وأكثر نصيبا مفروضا » وقول رسول الله صلى عليه وسلم : أيما دار قسمت في الجاهلية فهى على قسم الجاهلية وايما دار أدركها الاسلام ولم تقسم فهى على قسم الاسلام * والنظر في هذا الكتاب . في القاسم ، والمقسوم عليه . والقسمة * والنظر في القسمة في أبواب . الباب الاول في أنواع القسمة. الثاني في تعيين محل نوع نوع من أنواعها أعنى مايقبل القسمة ومالا يقبلها وصفة القسمة فيها وشروطها اعنى فيما يقبل القسمة . الثالث في معرفة أحكامها .

(الباب الاول)

والنظر فى القسمة ينقسم أولا الى قسمين . قسمة رقاب الاموال. والثانى منافع الرقاب

(القسم الاول من هذا الباب)

فاما قسمة الرقاب التى لاتكال ولاتوزن فتقسم بالجملة الى ثلاثة أقسام. قسمة قرعة بعد تقويم وتعديل وقسمة مراضاة بعد تقويم وتعديل . وقسمة مراضاة بغير تقويم ولاتعديل وأماما يكال أو يوزن فبالكيل والوزن .

(القسم الثانى)

وأما الرقاب فانها تنقسم الى ثلاثة أقسـام ✡ مالا ينقل ولايحول وهي الرباع والاصول . وما ينقل ويحول وهذان قسمان اما غير مكيل ولا موزون وهو الحيوان والعروض . وأما مكيل أوموزون ففيهذا الباب ثلاثة فصول الاول في الرباع. والثانى فى العروض . والثالث في المكيل والموزون .

✡(الفصل الاول)✡

فاما الرباع والاصول فيجوز ان تنقسم بالتراضى وبالسهمة اذاعدلت بالقيمة اتفق أهل العـلم على ذلك اتفاقا مجملا وان كانوا اختلفوا فى محل ذلك وشروطه والقسمة لا تخلو ان تكون فى محل واحد وفي محال كثيرة فاذا كانت في محل واحد فلا خلاف فى جوازها اذا انقسمت الى أجزاء متساوية بالصـفة ولم تنقص منفعة الاجزاء بالانقسام ويجبر الشركاء على ذلك . واما اذا انقسمت الى مالا منفعة فيه فاختلف في ذلك مالك وأصحابه فقال مالك انها تقسم بينهم اذا دعى أحـدهم لذلك ولو لم يصر لواحد منهم الا مالا منفعة فيه مثل قدر القدم وبه قال ابن كنانة من أصحابه فقط وهو قول أبى حنيفة والشافعى وعمدتهم في ذلك قوله تعالى « ممـا قل منه أو كثرنصيبامفروضا » وقال ابن القاسم لايقسم الا ان يصير لكل واحد في حظه ماينتفع به من غير مضرة داخلة عليه فى الانتفاع من قبل القسمة وانكان لايراعى في ذلك نقصان الثمن وقال ابن الماجشون يقسم اذا صار لـكل واحد منهم ماينتفع به وان كان من غير جنس المنفعة التى كانت فى الاشتراك أو كانت أقل وقال مطرف من أصحابه ان لم يصر في حظ كل واحد ما ينتفع به لم يقسم وان صار فى حـظ بعضهم ماينتفع به وفي حظ بعضهم مالا ينتفع به قسم وجبروا على ذلك سواء دعا الى ذلك صاحب النصيب القليل أو الكثير وقيـل يجبر إن دعا صاحب النصيب القليل ولايجبر ان دعا صاحب النصيب الكثير وقيل بعكس هذا وهو ضعيف واختلفوا من هذا الباب فيما اذا قسم انتقلت منفعته الى منفعة أخرى مثل الحمام فقال مالك يقسم اذا طلب ذلك أحد الشريكين وبه قال أشهب وقال ابن القاسم لايقسم وهو قول الشافعى فعمدة من منع القسمة قوله صلى الله عليه وسلم : لاضرر ولاضرار وعمدة من رأى القسمة قوله تعالى « مما قل منه أوكثر نصيبامفروضا» ومن الحجة لمن لم ير القسمة حديث جابر عن أبيه : لاتعضية على أهـل الميراث الا ماحمل القسم والتعضية التفرقة يقول لاقسمة بينهم وأما اذا كانت الرباع أكثر من واحد فانها

لا تخلو أيضا ان تكون من نوع واحد أو مختلفة الانواع فاذا كانت متفقة الانواع فان فقهاء الامصار في ذلك مختلفون فقال مالك اذا كانت متفقة الانواع قسمت بالتقويم والتعديل والسهمة ، وقال أبو حنيفة والشافعى بل يقسم كل عقار على حدته فعمدة مالك انه أقل للضرر الداخل على الشركاء من القسمة وعمدة الفريق الثانى ان كل عقار قائم بنفسه لانه تتعلق به الشفعة واختلف أصحاب مالك اذا اختلفت الانواع المتفقة في النفاق وان تباعدت مواضعها على ثلاثة أقوال . وأما اذا كانت الرباع مختلفة مثل ان يكون منها دور ومنها حوائط ومنها أرض فلا خلاف انه لا يجمع في القسمة بالسهمة ومن شرط قسمة الحوائط المثمرة ان لا تقسم مع الثمرة اذا بدا صلاحها باتفاق في المذهب لانه يكون بيع الطعام بالطعام على رؤس الثمر وذلك مزابنة . وأما قسمتها قبل بدو الصلاح ففيه اختلاف بين أصحاب مالك اما ابن القاسم فلا يجيز ذلك قبل الابار بحال من الاحوال ويعتل لذلك لانه يؤدى الى بيع طعام بطعام متفاضلا ولذلك زعم انه لم يجز مالك شراء الثمر الذى لم يطب بالطعام لانسيئة ولا نقداً وأما ان كان بعد الابار فانه لا يجوز عنده الا بشرط أن يشترط أحدهما على الآخر ان ماوقع من الثمر في نصيبه فهو داخل في القسمة ومالم يدخل في نصيبه فهو فيه على الشركة والعلة في ذلك عنده انه يجوز اشتراط المشترى الثمر بعد الآبار ولا يجوز قبل الآبار فكان أحدهما اشترى حظ صاحبه من جميع الثمرات التى وقعت له في القسمة بحظه من الثمرات التى وقعت لشريكه واشترط الثمر وصفة القسم بالقرعة ان تقسم الفريضة وتحقق وتضرب ان كان في سهامها كسر الى ان تصح السهام ثم يقوم كل موضع منها وكل نوع من غراساتها ثم يعدل على أقل السهام بالقيمة فربما عدل جزء من موضع ثلاثة أجزاء من موضع آخر على قيم الارضين ومواضعها فاذا قسمت على هذه الصفات وعدلت كتبت فى بطائق اسماء الاشراك وأسماء الجهات فمن خرج اسمه فى جهة اخذ منها وقيل يرمى بالاسماء فى الجهات فمن خرج اسمه في جهة أخذ منها فان كان أكثر من ذلك السهم ضوعف له حتى يتم حظه فهذه هي حال قرعة السهم فى الرقاب والسهمة انما جعلها الفقهاء فى القسمة تطييباً لنفوس المتقاسمين وهي موجودة في الشرع فى مواضع منها قوله تعالى (فساهم فكان من المدحضين) وقوله (وماكنت لديهم اذ يلقون أقلامهم أيهم يكفل مريم) ومن ذلك الاثر الثابت الذى جاء فيه أن رجلا اعتق ستة أعبد عند موته فاسهم رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهم فاعتق ثلث ذلك الرقيق . وأما القسمة بالتراضى سواء كانت بعد تعديل وتقويم أو بغير تقويم وتعديل فتجوز فى الرقاب المتفقة والمختلفة لانها بيع من البيوع وانما يحرم فيها مايحرم في البيوع .

﴿ الفصل الثانى في العروض ﴾

واما الحيوان والعروض فاتفق الفقهاء على انه لا يجوز قسمة واحد منهما للفساد الداخل فى ذلك واختلفوا إذا تشاح الشريكان فى العين الواحدة منهما ولم يتراضيا بالانتفاع بها على الشياع وأراد أحدهما أن يبيع صاحبه معه فقال مالك وأصحابه يجبر على ذلك فان أراد أحدهما أن يأخذه بالقيمة التى اعطى فيها أخذه وقال أهل الظاهر لا يجبر لان الاصول تقتضى أن لا يخرج ملك أحد من يده الا بدليل من كتاب أو سنة أو اجماع وحجة مالك أن في ترك الاجبار ضررا وهذا من باب القياس المرسل وقد قلنا في غير ما موضع أنه ليس يقول به أحد من فقهاء الامصار الا مالك ولكنه كالضرورى فى بعض الاشياء . وأما اذا كانت العروض أكثر من جنس واحد فاتفق العلماء على قسمتها على التراضى واختلفوا في قسمتها بالتعديل والسهمة فاجازها مالك وأصحابه في الصنف الواحد ومنع من ذلك عبد العزيز بن أبى سلمة وابن الماجشون واختلف أصحاب مالك في تمييز الصنف الواحد الذى تجوز فيه السهمة من التى لا تجوز فاعتبره أشهب بما لا يجوز تسليم بعضه في بعض . وأما ابن القاسم فاضطرب فمرة أجاز القسم بالسهمة فيما يجوز تسليم بعضه في بعض فجعل القسمة أخف من السلم ومرة منع القسمة فيما منع فيه السلم وقد قيل أن مذهبه أن القسمة فى ذلك أخف وان مسائله التى يظن من قبلها أن القسمة عنده أشد من السلم تقبل التأويل على أصله الثانى وذهب ابن حبيب الى أنه يجمع في القسمة ما تقارب من الصنفين مثل الخز والحرير والقطن والكتان وأجاز أشهب جمع صنفين في القسمة بالسهمة مع التراضى وذلك ضعيف لان الغرر لا يجوز بالتراضى .

﴿ الفصل الثالث ﴾

فاما المكيل والموزون فلا تجوز فيه القرعة باتفاق الا ما حكى اللخمى والمكيل أيضا لا يخلو أن يكون صبرة واحدة أو صبرتين فزائداً فان كان صنفا واحدا فلا يخلو أن تكون قسمته على الاعتدال بالكيل أو الوزن اذا دعا الى ذلك أحد الشريكين ولا خلاف في جواز قسمته على التراضى على التفضيل البين كان ذلك من الربوى أو من غير الربوى أعنى الذى لا يجوز فيه التفاضل ويجوز ذلك بالكيل المعلوم والمجهول ولا يجوز قسمته جزافا بغير كيل ولا وزن . وأما ان كانت قسمته تحريا فقيل لا يجوز فى المكيل ويجوز في الموزون ويدخل في ذلك من الخلاف ما يدخل في

جواز بيعه تحريا وأما ان لم يكن ذلك من صبرة واحدة وكانا صنفين فان كان ذلك مما لا يجوز فيه التفاضل فلا تجوز قسمتها على جهة الجمع إلا بالكيل المعلوم فيما يكال وبالوزن بالصنجة المعروفة فيما يوزن لانه اذا كان بمكيال مجهول لم يدر كم يحصل فيه من الصنف الواحد اذا كانا مختلفين من الكيل المعلوم وهذا كله على مذهب مالك لان أصل مذهبه أنه يحرم التفاضل في الصنفين اذا تقاربت منافعهما مثل القمح والشعير. وأما ان كان مما يجوز فيه التفاضل فيجوز قسمته على الاعتدال والتفاضل البين المعروف بالمكيال المعروف أو الصنجة المعروفة أعنى على جهة الجمع وان كانا صنفين وهذا الجواز كله في المذهب على جهة الرضا. وأما فى واجب الحكم فلا تنقسم كل صبرة الا على حدة واذا قسمت كل صبرة على حدة جازت قسمتها بالمكيال المعلوم والمجهول فهذا كله هو حكم القسمة التى تكون في الرقاب.

(القول في القسم الثانى وهو قسمة المنافع)

فأما قسمة المنافع فانها لا تجوز بالسهمة على مذهب ابن القاسم ولا يجبر عليها من أباها ولا تكون القرعة على قسمة المنافع وذهب أبو حنيفة وأصحابه الى أنه يجبر على قسمة المنافع وقسمة المنافع هي عند الجميع بالمهايأة وذلك إما بالازمان وإما بالاعيان أما قسمة المنافع بالازمان فهو أن ينتفع كل واحد منهما بالعين مدة مساوية لمدة انتفاع صاحبه. وأما قسم الاعيان بأن يقسما الرقاب على أن ينتفع كل واحد منهما بما حصل له مدة محدودة والرقاب باقية على أصل الشركة وفي المذهب في قسمة المنافع بالزمان اختلاف في تحديد المدة التى تجوز فيها القسمة لبعض المنافع دون بعض للاغتلال أو الانتفاع مثل استخدام العبد وركوب الدابة وزراعة الارض وذلك أيضا فيما ينقل ويحول أو لا ينقل ولا يحول فاما فيما ينقل ويحول فلا يجوز عند مالك وأصحابه في المدة الكثيرة ويجوز في المدة اليسيرة وذلك فى الاغتلال والانتفاع وأما فيما لا ينقل ولا يحول فيجوز في المدة البعيدة والاجل البعيد وذلك فى الاغتلال والانتفاع. واختلفوا فى المدة اليسيرة فيما ينقل ويحول فى الاغتلال فقيل اليوم الواحد ونحوه وقيل لا يجوز ذلك فى الدابة والعبد وأما الاستخدام فقيل يجوز فى مثل الخمسة الايام وقيل فى الشهر وقيل فى الشهر وأكثر من الشهر قليلا وأما التهايؤ فى الاعيان بان يستعمل هذا دارا مدة من الزمان وهذا داراً تلك المدة بعينها فقيل يجوز فى سكنى الدار وزراعة الارضين ولا يجوز ذلك فى الغلة والكراء الا فى الزمان اليسير وقيل يجوز على قياس التهايؤ بالازمان وكذلك القول فى

استخدام العبـد والدواب يجرى القول فيه على الاختلاف فى قسمتها بالزمان فهذا هو القول فى أنواع القسمة فى الرقاب وفى المنافع وفى الشروط المصححة والمفسدة وبقى من هذا الكتاب القول فى الاحكام .

﴿ القول في الأحكام ﴾

والقسمة من العقود اللازمة لايجوز للمتقاسمين نقضها ولا الرجوع فيها إلا بالطوارىء عليها والطوارىء ثلاثة غبن أو وجود عيب أو استحقاق فأما الغبن فلايوجب الفسخ إلا في قسمة القرعة باتفاق في المذهب الا على قياس من يرى له تأثيراً في البيع فيلزم على مذهبه أن يؤثر فى القسمة . وأما الرد بالعيب فانه لايخلو على مذهب ابن القاسم أن يجد العيب في جل نصيبه أوفى أقله فان وجده في جل نصيبه فانه لايخلو أن يكون النصيب الذى حصل لشريكه قد فات أولم يفت فان كان قد فات رد الواجد للعيب نصيبه على الشركة وأخذ من شريكه نصف قيمة نصيبه يوم قبضه وإن كان لم يفت انفسخت القسمة وعادت الشركة إلى أصلها وإن كان العيب في أقل ذلك رد ذلك الاقل على أصل الشركة فقط سواء فات نصيب صاحبه أولم يفت ورجع على شريكه بنصف قيمة تلك الزيادة ولا يرجع في شيء مما في يديه وإن كان قائما بالعيب وقال أشهب والذى يفيت الرد قد تقدم في كتاب البيوع وقال عبد العزيز بن الماجشون وجود العيب يفسخ القسمة التى بالقرعة ولا يفسخ التى بالتراضى لان التى بالتراضى هي بيع وأما التى بالقرعة فهى تمييز حق واذا فسخت بالغبن وجب أن تفسخ بالرد بالعيب وحكم الاستحقاق عند ابن القاسم حكم وجود العيب إن كان المستحق كثيراً وحظ الشريك لم يفت رجع معه شريكا فيما في يديه وإن كان قد فات رجع عليه بنصف قيمة مافي يديه وإن كان يسـيرا رجع عليه بنصف قيمة ذلك الشيء . وقال محمد إذا استحق مافي يد أحدهما بطلت القسمة في قسمة القرعة لانه قد تبين أن القسمة لم تقع على عدل كقول ابن الماجشون في العيب وأما اذا طرأ على المـال حق فيه مثل طوارىء الدين على التركة بعد القسمة أو طرو الوصية أوطرو وارث فان أصحاب مالك اختلفوا في ذلك فأما ان طرأ الدين قيل في المشهور فى المذهب وهو قول ابن القاسم أن القسمة تنتقض الا أن يتفق الورثة على أن يعطوا الدين من عندهم وسواء كانت حظوظهم باقية بأيديهم أولم تـكن هلـكت بأمر من السماء أولم تهلك وقد قيـل أيضا إن القسمة انما تنتقض بيد من بقى في يده حظه ولم تهلك بأمر من السماء وأما من هلك حظه بأمر من السماء فلا يرجع عليه بشيء من الدين

ولا يرجع هو على الورثة بما بقى بأيديهم بعد أداء الدين وقيل بل تنتقض القسمة ولابد لحق الله تعالى لقوله تعالى . (من بعد وصية يوصى بها أودين) وقيل بل تنتقض إلا في حق من أعطى منه ماينوبه من الدين وهكذا الحكم فى طرو الموصى له على الورثة وأما طرو الوارث على الشركة بعد القسمة وقبل أن يفوت حظ كل واحد منهم فلا تنتقض القسمة وأخذ من كل واحد حظه ان كان ذلك مكيلا أو موزونا وان كان حيوانا أو عروضا انتقضت القسمة وهل يضمن كل واحد منهم ماتلف في يده بغير سبب منه فقيل يضمن وقيل لا يضمن .

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

(وصلي الله علي سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما)

﴿ كتاب الرهون ﴾

والاصل فى هذا الكتاب قوله تعالى . «ولم تجدوا كاتبا فرهان مقبوضة» والنظر في هذا الكتاب في الاركان وفي الشروط وفى : الاحكام والأركان هي النظر فى الراهن والمرهون والمرتهن والشيء الذى فيه الرهن وصفة عقد الرهن .

الركن الاول

فأما الراهن فلا خلاف أن من صفته أن يكون غير محجور عليه من أهل السداد والوصى يرهن لمن يلى النظر عليه اذا كان ذلك سدادا ودعت اليه الضرورة عند مالك وقال الشافعى يرهن لمصلحة ظاهرة ويرهن المكاتب والمأذون عند مالك قال سحنون فان ارتهن فى مال أسلفه لم يجزوبه قال الشافعى . واتفق مالك والشافعي على أن المفلس لا يجوز رهنه وقال أبو حنيفة يجوز واختلف قول مالك فى الذى أحاط الدين بماله هل يجوز رهنه أعنى هل يلزم أم لا يلزم فالمشهور عنه أنه يجوز أعنى قبل أن يفلس والخلاف آيل الى هل المفلس محجور عليه أم لا وكل من صح أن يكون راهنا صح أن يكون مرتهنا .

﴿ الركن الثانى ﴾

وهو الرهن وقالت الشافعية يصح بثلاثة شروط، الاول أن يكون عينا فانه لايجوز ان يرهن الدين، الثانى أن لا يمتنع اثبات يد الراهن المرتهن عليه كالمصحف ومالك يجيز رهن المصحف ولا يقرأ فيه المرتهن والخلاف مبنى على البيع، الثالث أن تكون العين قابلة للبيع عند حلول الاجل ويجوز عند مالك ان يرتهن مالايحل بيعه فى وقت الارتهان كالزرع والثمر لم يبد صلاحه ولا يباع عنده فى اداء الدين الا إذا بدا صلاحه وان حل أجل الدين وعن الشافعى قولان في رهن الثمر الذى لم يبد صلاحه ويباع عنده عند حلول الدين على شرط القطع قال أبو حامد والاصح جوازه ويجوز عند مالك رهن مالم يتعين كالدنانير والدراهم اذا طبع عليها وليس من شرط الرهن أن يكون ملكا للراهن لا عند مالك ولا عند الشافعى بل قد يجوز عندهما ان يكون مستعارا . واتفقوا على أن من شرطه ان يكون اقراره في يد المرتهن من قبل الراهن . واختلفوا اذا كان قبض المرتهن له بغصب ثم أقره المغضوب منه فى يده رهنا فقال مالك يصح ان ينقل الشىء المغصوب من ضمان الغصب الى ضمان الرهن فيجعل المغصوب منه الشىء المغصوب رهنا في يد الغاصب قبل قبضه منه وقال الشافعى لايجوز بل يبقى على ضمان الغصب الا ان يقبضه. واختلفوا في رهن المشاع فمنعه أبو حنيفة وأجازه مالك والشافعى * والسبب في الخلاف هل تمكن حيازة المشاع أم لاتمكن .

﴿ الركن الثالث ﴾

وهو الشى المرهون فيه وأصل مذهب مالك في هذا أنه يجوز ان يؤخذ الرهن فى جميع الاثمان الواقعة في جميع البيوعات الا الصرف ورأس المال في السلم المتعلق بالذمة وذلك لان الصرف من شرطه التقابض فلا يجوز فيه عقدة الرهن وكذلك رأس مال السلم وان كان عنده دون الصرف في هذا المعنى وقال قوم من أهل الظاهر لايجوز أخذ الرهن إلا في السلم خاصة أعنى في المسلم فيه وهؤلاء ذهبوا الى ذلك لكون آية الرهن واردة فى الدين في المبيعات وهو السلم عندهم فكأنهم جعلوا هذا شرطا من شروط صحة الرهن لانه قال في أول الآية «ياأيها الذين آمنوا اذا تداينتم بدين الى أجل مسمى فاكتبوه» ثم قال «وان كنتم على سفر ولم تجدوا كاتبا فرهان مقبوضة» فعلى مذهب مالك يجوز أخذ الرهن في السلم وفي القرض وفي الغصب وفي قيم المتلفات وفي أروش الجنايات في الأموال وفي جراح العمد الذى لاقود فيه كالمأمومة والجائفة . وأما قتل

العمد والجراح التى يقاد منها فيتخرج في جواز أخذ الرهن في الدية فيها اذا عفا الولى قولان ، أحدهما أن ذلك يجوز وذلك على القول بأن الولى مخير في العمد بين الدية والقود . والقول الثانى أن ذلك لايجوز وذلك أيضا مبنى على أن ليس للولى الا القود فقط اذا أبى الجانى من اعطاء الدية ويجوز في قتل الخطأ أخذ الرهن ممن يتعين من العاقلة وذلك بعد الحول ويجوز في العارية التى تضمن ولايجوز فيما لايضمن ويجوز أخذه في الاجارات ويجوز في الجعل بعد العمل ولايجوز قبله ويجوز الرهن في المهر ولايجوز في الحدود ولا في القصاص ولا في الكتابة وبالجملة فيما لاتصح فيه الكفالة وقالت الشافعية المرهون فيه له شرائط ثلاث . أحدها ان يكون دينا فانه لايرهن في عين . والثانى أن يكون واجبا وأنه لايرهن قبل الوجوب مثل ان يسترهنه بما يستقرضه ويجوز ذلك عند مالك . فالثالث أن لايكون لزومه متوقعا ان يجب وان لايجب كالرهن فى الكتابة وهذا المذهب قريب من مذهب مالك

القول في الشروط

وأما شروط الرهن فالشروط المنطوق بها فى الشرع ضربان شروط صحة وشروط فساد . فاما شروط الصحة المنطوق بها فى الرهن أعنى فى كونه رهنا فشرطان ، أحدهما متفق عليه بالجملة ومختلف فى الجهة التى هو بها شرط وهو القبض . والثانى مختلف في اشتراطه فاما القبض فاتفقوا بالجملة على أنه شرط في الرهن لقوله تعالى « فرهان مقبوضة » واختلفوا هل هو شرط تمام أو شرط صحة وفائدة الفرق أن من قال شرط صحة قال مالم يقع القبض لم يلزم الرهن الراهن . ومن قال شرط تمام قال يلزم بالعقد ويجبر الراهن على الاقباض الا أن يتراخى المرتهن عن المطالبة حتى يفلس الراهن أو يمرض أو يموت فذهب مالك الى أنه من شروط التمام وذهب أبو حنيفة والشافعى وأهل الظاهر الى أنه من شروط الصحة وعمدة مالك قياس الرهن على سائر العقود اللازمة بالقول وعمدة الغير قوله تعالى « فرهان مقبوضة » وقال بعض أهل الظاهر لايجوز الرهن الا أن لايكون هناك كاتب لقوله تعالى « ولم تجدوا كاتبا فرهان مقبوضة » ولا يجوز أهل الظاهر ان يوضع الرهن على يدى عدل وعند مالك أن من شرط صحة الرهن استدامة القبض وأنه متى عاد الى يد الراهن باذن المرتهن بعارية او وديعة أو غير ذلك فقد خرج من اللزوم وقال الشافعى ليس استدامة القبض من شرط الصحة فمالك عمم الشرط على ظاهره فالزم من قوله تعالى «فرهان مقبوضة» وجود القبض واستدامته والشافعى يقول اذا وجد القبض فقد صح الرهن وانعقد فلا

يحل ذلك اعارته ولا غير ذلك من التصرف فيه كالحال في البيع وقد كان الاولى بمن يشترط القبض في صحة العقد ان يشترط الاستدامة ومن لم يشترطه في الصحة ان لايشترط الاستدامة . واتفقوا على جوازه في السفر واختلفوا في الحضر فذهب الجمهور الى جوازه وقال أهل الظاهر ومجاهد لايجوز في الحضر لظاهر قوله تعالى «وان كنتم على سفر» الاية وتمسك الجمهور بما ورد من أنه صلى الله عليه وسلم : رهن في الحضر والقول في استنباط منع الرهن في الحضر من الآية هو من باب دليل الخطاب . وأما الشرط المحرم الممنوع بالنص فهو أن يرهن الرجل رهنا على أنه ان جاء بحقه عند أجله والا فالرهن له فاتفقوا على أن هذا الشرط يوجب الفسخ وأنه معنى قوله عليه السلام: لا يغلق الرهن .

﴿القول في الجزء الثالث من هذا الكتاب وهو القول في الاحكام﴾

وهذا الجزء ينقسم الى معرفة ما للراهن من الحقوق في الرهن وما عليه والى معرفة ما للمرتهن في الرهن وما عليه والى معرفة اختلافهما في ذلك وذلك إما من نفس العقد واما لامور طارئة على الرهن ونحن نذكر من ذلك ما اشتهر الخلاف فيه بين فقهاء الامصار والانفاق . اما حق المرتهن في الرهن فهو أن يمسكه حتى يؤدي الراهن ما عليه فان لم يأت به عند الاجل كان له أن يرفعه الى السلطان فيبيع عليه الرهن وينصفه منه ان لم يجبه الراهن الى البيع وكذلك ان كان غائبا وان وكل الراهن المرتهن على بيع الرهن عند حلول الاجل جاز وكرهه مالك الا ان يرفع الامر الى السلطان والرهن عند الجمهور يتعلق بجملة الحق المرهون فيه وببعضه أعني أنه اذا رهنه في عدد ما فأدى منه بعضه فان الرهن بأسره يبقى بعد بيد المرتهن حتى يستوفي حقه وقال قوم بل يبقى من الرهن بيد المرتهن بقدر ما يبقى من الحق وحجة الجمهور أنه محبوس بحق فوجب ان يكون محبوسا بكل جزء منه أصله حبس التركة على الورثة حتى يؤدوا الدين الذي على الميت وحجة الفريق الثاني أن جميعه محبوس بجميعه فوجب ان يكون ابعاضه محبوسة بابعاضه أصله الكفالة .

(ومن مسائل هذا الباب المشهورة) اختلافهم في نماء الرهن المنفصل مثل الثمرة في الشجر المرهون ومثل الغلة ومثل الولد هل يدخل في الرهن أم لا فذهب قوم الى ان نماء الرهن المنفصل لايدخل شيء منه في الرهن أعني الذي يحدث منه في يد المرتهن وممن قال بهذا القول الشافعي ؛ وذهب آخرون الى أن جميع ذلك يدخل في الرهن وممن قال بهذا القول أبو حنيفة والثوري ، وفرق مالك فقال ما كان من

نماء الرهن المنفصل على خلقته وصورته فانه داخل في الرهن كولد الجارية مع الجارية وأما مالم يكن على خلقته فانه لايدخل في الرهن كان متولدا عنه كثمر النخل أو غير متولد ككراء الدار وخراج الغلام وعمدة من رأى أن نماء الرهن وغلته للراهن قوله عليه الصلاة والسلام : الرهن محلوب ومركوب قالوا ووجه الدليل من ذلك أنه لم يرد بقوله مركوب ومحلوب أى يركبه الراهن و يحلبه لانه كان يكون غير مقبوض وذلك مناقض لكونه رهنا فان الرهن من شرطه القبض قالوا ولا يصح أيضا ان يكون معناه أن المرتهن يحلبه و يركبه فلم يبق الا أن يكون المعنى فى ذلك أن أجرة ظهره لربه ونفقته عليه واستدلوا أيضا بعموم قوله عليه الصلاة والسلام : الرهن ممن رهنه له غنمه وعليه غرمه قالوا ولانه نماء زائد على مارضيه رهنا فوجب أن لا يكون له الا بشرط زائد وعمدة أبى حنيفة أن الفروع تابعة للاصول فوجب لها حكم الاصل ولذلك حكم الولد تابع لحكم أمه في التدبير والكتابة . وأما مالك فاحتج بأن الولد حكمه حكم أمه في البيع أى هو تابع لها وفرق بين الثمر والولد في ذلك بالسنة المفرقة فى ذلك وذلك أن الثمر لا يتبع بيع الاصل الا بالشرط وولد الجارية يتبع بغير شرط والجمهور على أن ليس للمرتهن أن ينتفع بشىء من الرهن وقال قوم اذا كان الرهن حيوانا فللمرتهن ان يحلبه ويركبه بقدر ما يعلفه وينفق عليه وهو قول أحمد واسحق واحتجوا بما رواه أبو هريرة عن النبى عليه الصلاة والسلام أنه قال : الرهن محلوب ومركوب ومن هذا الباب اختلافهم فى الرهن يهلك عند المرتهن ممن ضمانه فقال قوم الرهن أمانة وهو من الراهن والقول قول المرتهن مع يمينه أنه ما فرط فيه وما جنى عليه وممن قال بهذا القول الشافعى وأحمد وأبو ثور وجمهور أهل الحديث وقال قوم الرهن من المرتهن ومصيبته منه وممن قال بهذا القول أبو حنيفة وجمهور الكوفيين والذين قالوا بالضمان انقسموا قسمين فنهم من رأى ان الرهن مضمون بالاقل من قيمته أو قيمة الدين وبه قال أبو حنيفة وسفيان وجماعة ومنهم من قال هو مضمون بقيمته قلت أو كثرت وإنه ان فضل للراهن شىء فوق دينه أخذه من المرتهن وبه قال على بن أبى طالب وعطاء واسحق وفرق قوم بين مالا يغاب عليه مثل الحيوان والعقار مما لايخفى هلاكه وبين مايغاب عليه من العروض فقالوا هو ضامن فيما يغاب عليه ومؤتمن فيما لايغاب عليه وممن قال بهذا القول مالك والاوزاعى وعثمان البتى الا أن مالكا يقول اذا شهد الشهود بهلاك مايغاب عليه من غير تضييع ولا تفريط فانه لايضمن وقال الاوزاعى وعثمان البتى بل يضمن على كل حال قامت بينة أولم تقم وبقول مالك قال ابن القاسم وبقول عثمان والاوزاعى قال أشهب وعمدة من جعله أمانة غير مضمون حديث سعيد بن المسيب

عن أبي هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : لا يغلق الرهن وهو ممن رهنه له غنمه وعليه غرمه أي له غلته وخراجه وعليه افتكاكه ومصيبته منه قالوا وقد رضي الراهن أمانته فأشبه المودع عنده وقال المزني من أصحاب الشافعي محتجا له قد قال مالك ومن تابعه ان الحيوان وما ظهر هلاكه أمانة فوجب أن يكون كله كذلك وقد قال أبو حنيفة ان مازاد من قيمة الرهن على قيمة الدين فهو أمانة فوجب ان يكون كله أمانة ومعنى قوله عليه الصلاة والسلام عند مالك ومن قال بقوله : وعليه غرمه أي نفقته قالوا وذلك معنى قوله عليه الصلاة والسلام : الرهن مركوب ومحلوب أي أجرة ظهره لربه ونفقته عليه . وأما أبو حنيفة وأصحابه فتأولوا قوله عليه الصلاة والسلام : له غنمه وعليه غرمه ان غنمه مافضل منه على الدين وغرمه مانقص وعمدة من رأى انه مضمون من المرتهن انه عين تعلق بها حق الاستيفاء ابتداء فوجب ان يسقط بتلفه أصله تلف المبيع عند البائع اذا أمسكه حتى يستوفي الثمن وهذا متفق عليه من الجمهور وان كان عند مالك كالرهن وربما احتجوا بما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أن رجلا ارتهن فرساً من رجل فنفق في يده فقال عليه الصلاة والسلام للمرتهن ذهب حقك . وأما تفريق مالك مابين مايغاب عليه وبين مالا يغاب عليه فهو استحسان ومعنى ذلك أن التهمة تلحق فيما يغاب عليه ولا تلحق فيمالا يغاب عليه وقد اختلفوا في معنى الاستحسان الذي يذهب اليه مالك كثيراً فضعفه قوم وقالوا انه مثل استحسان أبي حنيفة وحدوا الاستحسان بأنه قول بغير دليل ومعنى الاستحسان عند مالك هو جمع بين الادلة المتعارضة واذا كان ذلك كذلك فليس هو قول بغير دليل والجمهور على انه لا يجوز للراهن بيع الرهن ولا هبته وانه ان باعه فللمرتهن الاجازة أو الفسخ قال مالك وان زعم ان اجازته ليتعجل حقه حلف على ذلك وكان له وقال قوم يجوز بيعه واذا كان الرهن غلاماً وأمة فاعتقها الراهن فعند مالك انه ان كان الراهن موسرا جاز عتقه وعجل للمرتهن حقه وان كان معسراً بيعت وقضى الحق من ثمنها وعند الشافعي ثلاثة أقوال ، الرد ، والاجازة والثالث مثل قول مالك . وأما اختلاف الراهن والمرتهن في قدر الحق الذي به وجب الرهن فان الفقهاء اختلفوا في ذلك فقال مالك القول قول المرتهن فيما ذكره من قدر الحق مالم تكن قيمة الرهن أقل من ذلك فمازاد على قيمة الرهن فالقول قول الراهن وقال الشافعي وأبو حنيفة والثوري وجمهور فقهاء الامصار القول في قدر الحق قول الراهن وعمدة الجمهور ان الراهن مدعى عليه والمرتهن مدع فوجب أن تكون اليمين على الراهن على ظاهر السنة المشهور وعمدة مالك ههنا ان المرتهن وان كان مدعياً فله ههنا شبهة بنقل اليمين الى حيزه وهو كون الرهن شاهداً له ومن أصوله ان يحلف أقوى المتداعيين

شبهة وهذا لا يلزم عند الجمهور لانه قد يرهن الراهن الشيء وقيمته أكثر من المرهون فيه . واما اذا تلف الرهن واختلفوا في صفته فالقول ههنا عند مالك قول المرتهن لانه مدعى عليه وهو مقر ببعض ما ادعى عليه وهذا على أصوله فان المرتهن أيضا هو الضامن فيما يغاب عليه واما على أصول الشافعي فلا يتصور على المرتهن يمين الا ان يناكره الراهن في تلافه . وأما عند أبي حنيفة فالقول قول المرتهن في قيمة الرهن وليس يحتاج الى صفة لان عند مالك يحلف على الصفة وتقوم تلك الصفة واذا اختلفوا في الامرين جميعا أعني في صفة الرهن وفي مقدار الرهن كان القول قول المرتهن في صفة الرهن وفي الحق ما كانت قيمته الصفة التي حلف عليها شاهدة له وفيه ضعف وهل يشهد الحق لقيمة الرهن اذا اتفقا في الحق واختلفا في قيمة الرهن في المذهب فيه قولان والاقيس الشهادة لانه اذا شهد الرهن للدين شهد الدين المرهون وفروع هذا الباب كثيرة وفيما ذكرناه كفاية في غرضنا .

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

(وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما)

﴿ كتاب الحجر ﴾

والنظر في هذا الباب في ثلاثة أبواب . الباب الاول في أصناف المحجورين الثاني متى يخرجون من الحجر ومتى يحجر عليهم وبأي شروط يخرجون . الثالث في معرفة أحكام أفعالهم في الرد والاجازة .

(الباب الاول)

أجمع العلماء على وجوب الحجر على الايتام الذين لم يبلغوا الحلم لقوله تعالى (وابتلوا اليتامى حتى اذا بلغوا النكاح) الآية واختلفوا في الحجر على العقلاء الكبار اذا ظهر منهم تبذير لاموالهم فذهب مالك والشافعي وأهل المدينة وكثير من أهل العراق الى جواز ابتداء الحجر عليهم بحكم الحاكم وذلك اذا ثبت عنده سفههم وأعذر اليهم فلم يكن

عندهم مدفع وهو رأى ابن عباس وابن الزبير وذهب أبو حنيفة وجماعة من أهل العراق الى انه لايبتدأ الحجر على الكبار . وهو قول ابراهيم وابن سيرين وهؤلاء انقسموا قسمين فنهم من قال الحجر لايجوز عليهم بعد البلوغ بحال وان ظهر منهم التبذير ومنهم من قال ان استصحبوا التبذير من الصغر يستمر الحجر عليهم وان ظهر منهم رشد بعدم البلوغ ثم ظهر منهم سفه فهؤلاء لايبدأ بالحجر عليهم وأبو حنيفة يحد في ارتفاع الحجر وان ظهر سفهه خمسة وعشرين عاما وعمدة من أوجب على الكبار ابتداء الحجر أن الحجر على الصغار انما وجب لمعنى التبذير الذي يوجد فيهم غالبا فوجب ان يجب الحجر على من وجد فيه هذا المعنى وان لم يكن صغيراً قالوا ولذلك اشترط في رفع الحجر عنهم مع ارتفاع الصغر إيناس الرشد قال الله تعالى « فان آنستم منهم رشداً فادفعوا اليهم أموالهم » فدل هذا على أن السبب المقتضى للحجر هو السفه وعمدة الحنفية حديث حبان بن منقداذ ذكر فيه لرسول الله صلى الله عليه وسلم أنه يخدع في البيوع فجعل له رسول الله صلى الله عليه وسلم الخيار ثلاثا ولم يحجر عليه وربما قالوا الصغر هو المؤثر في منع التصرف بالمال بدليل تأثيره في اسقاط التكليف وانما اعتبر الصغر لانه الذى يوجد فيه السفه غالبا كما يوجد فيه نقص العقل غالبا ولذلك جعل البلوغ علامة وجوب التكليف وعلامة الرشد اذ كانا يوجدان فيه غالبا أعنى العقل والرشد وكما لم يعتبر النادر في التكليف اعنى أن يكون قبل البلوغ عاقلا فيكلف كذلك لم يعتبر النادر في السفه وهو أن يكون بعد البلوغ سفيها فيحجر عليه كما لم يعتبر كونه قبل البلوغ رشيدا قالوا وقوله تعالى « ولا تؤتوا السفهاء أموالكم » الآية ليس فيها أكثر من منعهم من أموالهم وذلك لا يوجب فسخ بيوعهم وابطالها والمحجورون عند مالك ستة الصغير والسفيه والعبد والمفلس والمريض والزوجة وسيأتى ذكر كل واحد منهم في بابه .

الباب الثانى

والنظر في هذا الباب في موضعين في وقت خروج الصغار من الحجر و وقت خروج السفهاء فنقول ان الصغار بالجملة صنفان ذكور وإناث وكل واحد من هؤلاء اما ذو أب وإما ذو وصى وإما مهمل وهم الذين يبلغون ولاوصى لهم ولاأب فأما الذكور الصغار ذو الآباء فاتفقوا على أنهم لايخرجون من الحجر الابيلوغ سن التكليف وإيناس الرشد منهم وان كانوا قد اختلفوا في الرشد ماهو .وذلك لقوله تعالى « وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فان آنستم منهم رشدا فادفعوا اليهم أموالهم » واختلفوا في

الاناث فمذهب الجمهور الى أن حكمهن في ذلك حكم الذكور أعني بلوغ المحيض وايناس الرشد وقال مالك هي في ولاية أبيها في المشهور عنه حتى تتزوج ويدخل بها زوجها ويؤنس رشدها وروى عنه مثل قول الجمهور ولاصحاب مالك في هذا أقوال غير هذه قيل انها في ولاية أبيها حتى تمر بها سنة بعد دخول زوجها بها وقيل حتى يمر بها عامان وقيل حتى تمر بها سبعة أعوام وحجة مالك أن ايناس الرشد لا يتصور من المرأة الا بعد اختبار الرجال . وأما أقاويل أصحابه فضعيفة مخالفة للنص والقياس أما مخالفتها للنص فانهم لم يشترطوا الرشد : وأما مخالفتها للقياس فلان الرشد ممكن تصوره منها قبل هذه المدة المحدودة وإذا قلنا على قول مالك لا على قول الجمهور ان الاعتبار في الذكور ذوى الآباء البلوغ وايناس الرشد فاختلف قول مالك اذا بلغ ولم يعلم سفهه من رشده وكان مجهول الحال فقيل عنه أنه محمول على السفه حتى يتبين رشده وهو المشهور وقيل عنه أنه محمول على الرشد حتى يتبين سفهه فاما ذو الأوصياء فلا يخرجون من الولاية في المشهور عن مالك الا باطلاق وصيه له من الحجر أي يقول فيه أنه رشيد ان كان مقدما من قبل الاب بلا خلاف أو باذن القاضي مع الوصي ان كان مقدما من غير الاب على اختلاف في ذلك وقد قيل في وصي الاب أنه لا يقبل قوله في أنه رشيد الا حتى يعلم رشده وقد قيل أن حاله مع الوصي كحاله مع الاب يخرجه من الحجر اذا آنس منه الرشد وان لم يخرجه وصيه بالاشهاد وان المجهول الحال في هذا حكمه حكم المجهول الحال ذي الاب وأما ابن القاسم فمذهبه أن الولاية غير معتبر ثبوتها اذا علم الرشد ولا سقوطها اذا علم السفه وهي رواية عن مالك وذلك من قوله في اليتيم لا في البكر والفرق بين المذهبين أن من يعتبر الولاية يقول أفعاله كلها مردودة وان ظهر رشده حتى يخرج من الولاية وهو قول ضعيف فان المؤثر هو الرشد لا حكم الحاكم . وأما اختلافهم في الرشد ما هو فان مالكا يرى ان الرشد هو تثمير المال واصلاحه فقط والشافعي يشترط مع هذا صلاح الدين * وسبب اختلافهم هل ينطلق اسم الرشد على غير صالح الدين وحال البكر مع الوصي كحال الذكر لا يخرج من الولاية الا بالاخراج ما لم تعنس على اختلاف في ذلك وقيل حالها مع الوصي كحالها مع الاب وهو قول ابن الماجشون ولم يختلف قولهم انه لا يعتبر فيها الرشد كاختلافهم في اليتيم . وأما المهمل من الذكور فان المشهور ان افعاله جائزة اذا بلغ الحلم كان سفيها متصل السفه أو غير متصل السفه معلنا به أو غير معلن . وأما ابن القاسم فيعتبر نفس فعله اذا وقع فان كان رشدا جاز والارده . فأما اليتيمة التي لا أب لها ولا وصي فان فيها في المذهب قولين ؛ أحدهما ان افعالها جائزة اذا بلغت المحيض ، والثاني أن أفعالها مردودة ما لم تعنس وهو المشهور .

(الباب الثالث)

والنظر في هذا الباب في شيئين ، أحدهما ما يجوز لصنف صنف من المحجورين من الافعال واذا فعلوا فكيف حكم أفعالهم في الرد والاجازة وكذلك افعال المهملين وهم الذين بلغوا الحلم من غير أب ولا وصى وهؤلاء كما قلنا اما صغار واما كبار متصلو الحجر من الصغر وأما مبتدأ حجرهم فأما الصغار الذين لم يبلغوا الحلم من الرجال ولا المحيض من النساء فلا خلاف في المذهب في أنه لايجوز له في ماله معروف من هبة ولاصدقة ولا عطية ولاعتق وان أذن له الاب في ذلك أو الوصى فان أخرج من يده شيئا بغير عوض كان موقوفا على نظر وليه ان كان له ولي فان رآه رشداً أجازه والا أبطله وإن لم يكن له ولي قدم له ولي ينظر في ذلك وان عمل في ذلك حتى يلي أمره كان النظر اليه في الاجازة أو الرد واختلف اذا كان فعله سداداً ونظراً فيما كان يلزم الولي ان يفعله هل له أن ينقضه اذا آل الامر الى خلاف بحوالة الاسواق أو نماء فيما باعه أونقصان فيما ابتاعه فالمشهور ان ذلك له وقيل ان ذلك ليس له ويلزم الصغير ما افسد في ماله مما لم يؤتمن عليه واختلف فيما أفسد وكسر مما اؤتمن عليه ولا يلزمه بعد بلوغه ورشده عتق ما حلف بحريته في صغره وحنث به في صغره واختلف فيما حنث فيه في كبره وحلف به في صغره فالمشهور أنه لايلزمه وقال ابن كنانة يلزمه ولا يلزمه فيما ادعى عليه يمين واختلف اذا كان له شاهد واحد هل يحلف معه فالمشهور انه لايحلف وروى عن مالك والليث أنه يحلف وحال البكر ذات الاب والوصى كالذكر مالم تعنس على مذهب من يعتبر تعنيسها فاما السفيه البالغ فجمهور العلماء على أن المحجور اذا طلق زوجته أو خالعها مضى طلاقه وخلعه الا ابن أبي ليلى وأبا يوسف وخالف ابن أبي ليلى في العتق فقال انه ينفذ وقال الجمهور أنه لاينفذ . وأما وصيته فلا أعلم خلافا في نفوذها ولاتلزمه هبة ولاصدقة ولاعطية ولاعتق ولاشيء من المعروف الا أن يعتق أم ولده فيلزمه عتقها وهذا كله في المذهب وهل يتبعها مالها فيه خلاف قيل يتبع وقيل لايتبع وقيل بالفرق بين القليل والكثير. وأما ما يفعله بعوض فهو أيضا موقوف على نظر وليه ان كان له ولي فان لم يكن له ولي قدم له فان رد بيعه الولي وكان قد أتلف الثمن لم يتبع من ذلك بشيء وكذلك ان تلف عين المبيع وأما أحكام أفعال المحجورين أو المهملين على مذهب مالك فانها تنقسم الى أربعة أحوال . فنهم من تكون أفعاله كلها مردودة وان كان فيها ماهو رشد . ومنهم ضد هذا وهو أن تكون أفعاله كلها محمولة على الرشد وان ظهر فيها ماهو سفه . ومنهم من تكون أفعاله محمولة على السفه مالم يتبين رشده وعكس هذا أيضا وهو ان تكون أفعاله كلها محمولة

على الرشد حتى يتبين سفهه فاما الذى يحكم له بالسفه وان ظهر رشده فهو الصغير الذى لم يبلغ والبكر ذات الاب والوصى مالم تعنس على مذهب من يعتبر التعنيس واختلف فى حده اختلافا كثيرا من دون الثلاثين الى الستين والذى يحكم له بحكم الرشد وان علم سفهه . فنها السفيه اذا لم تثبت عليه ولاية من قبل أبيه ولا من قبل السلطان على مشهور مذهب مالك خلافا لابن القاسم الذى يعتبر نفس الرشد لا نفس الولاية والبكر اليتيمة المهملة على مذهب سحنون . وأما الذى يحكم عليه بحكم السفه مالم يظهر رشده فالابن بعد بلوغه في حياة أبيه على المشهور في المذهب وحال البكر ذات الاب التى لا وصى لها اذا تزوجت ودخل بها زوجها مالم يظهر رشدها ومالم تبلغ الحد المعتبر فى ذلك من السنين عند من يعتبر ذلك وكذلك اليتيمة التى لا وصى لها على مذهب من يرى أن أفعالها مردودة . وأما الحال التى يحكم فيها بحكم الرشد حتى يتبين السفه فنها حال البكر المعنس عند من يعتبر التعنيس أو التى دخل بها زوجها ومضى لدخوله الحد المعتبر من السنين عند من يعتبر الحد وكذلك حال الإبن ذى الاب اذا بلغ وجهلت حاله على احدى الروايتين والابنة البكر بعد بلوغها على الرواية التى لا يعتبر فيها دخولها مع زوجها فهذه هي جمل مافى هذا الكتاب والفروع كثيرة .

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

(وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما)

☆(كتاب التفليس)☆

والنظر في هذا الكتاب فيما هو الفلس وفي أحكام المفلس (فنقول) إن الافلاس في الشرع يطلق على معنيين . أحدهما أن يستغرق الدين مال المدين فلا يكون فى ماله وفاء بديونه . والثانى أن لا يكون له مال معلوم أصلا وفي كلا الفلسين قد اختلف العلماء في أحكامهما فاما الحالة الاولى وهى اذا ظهر عند الحاكم من فلسه ماذكرنا فاختلف العلماء في ذلك هل للحاكم أن يحجر عليه التصرف في ماله حتى يبيعه عليه ويقسمه على على الغرماء على نسبة ديونهم أم ليس له ذلك بل يحبسه حتى يدفع اليهم جميع ماله على أى نسبة اتفقت أو لمن اتفق منهم وهذا الخلاف بعينه يتصور فيمن كان له مال

يفى بدينه فأبى أن ينصف غرماءه هل يبيع عليه الحاكم فيقسمه عليهم أم يحبسه حتى يعطيهم بيده ماعليه فالجمهوريقولون يبيع الحاكم ماله عليه فينصف منه غرماءه أوغريمه ان كان مليا أو يحكم عليه بالافلاس ان لم يف ماله بديونه ويحجر عليه التصرف فيه وبه قال مالك الشافعي وبالقول الآخر قال أبو حنيفة وجماعة من أهل العراق وحجة مالك والشافعي حديث معاذ بن جبل أنه كثر دينه في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فلم يزد غرماءه على ان جعله لهم وحديث أبي سعيد الخدرى ان رجلا أصيب على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم في ثمر ابتاعها فكثر دينه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: تصدقوا عليه فتصدق الناس عليه فلم يبلغ ذلك وفاء بدينه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم خذوا ما وجدتم وليس لكم الا ذلك وحديث عمر في القضاء على الرجل المفلس في حبسه وقوله فيه . أما بعد أيها الناس فان الاسيفع اسيفع جهينة رضى من دينه وأمانته بأن يقال سبق الحاج وانه ادان معرضا فأصبح قدرين عليه فمن كان له عليه دين فليأتنا وأيضا من طريق المعنى فانه اذا كان المريض محجوراً عليه لمكان ورثته فأحرى أن يكون المدين محجورا عليه لمكان الغرماء وهذا القول هو الاظهر لانه أعدل والله أعلم . وأما حجج الفريق الثانى الذين قالوا بالحبس حتى يعطى ماعليه أو يموت محبوسا فيبيع القاضى حينئذ عليه ماله ويقسمه على الغرماء . فنها حديث جابر بن عبد الله حين استشهد أبوه بأحد وعليه دين فلما طلبه الغرماء قال جابر فأتيت النبي صلى الله عليه وسلم فكلمته فسألهم أن يقبلوا منى حائطى ويحللوا أبى فابوا فلم يعطهم رسول الله صلى الله عليه وسلم حائطى قال ولكن سأغدو عليك قال فغدا علينا حين أصبح فطاف بالنخل فدعا في ثمرها بالبركة قال فجذذتها فقضيت منها حقوقهم وبقى من ثمرها بقية وبما روى أيضا أنه مات اسيد بن الحضير وعليه عشرة آلاف درهم فدعى عمر بن الخطاب غرماءه فقبلهم أرضه أربع سنين بمالهم عليه قالوا فهذه الآثار كلها ليس فيها انه بيع فيها أصل في دين قالوا ويدل على حبسه قوله صلى الله عليه وسلم لىّ الواجد يحل عرضه وعقوبته قالوا والعقوبة هي حبسه وربما شبهوا استحقاق أصول العقار عليه باستحقاق اجارته واذاقلنا ان المفلس محجور عليه فالنظر فيماذا يحجر عليه وبأى ديون تكون المحاصة في ماله وفي أى شيء من ماله تكون المحاصة وكيف تكون فاما المفلس فله حالان حال في وقت الفلس قبل الحجر عليه وحال بعد الحجر فاما قبل الحجر فلا يجوز له اتلاف شيء من ماله عند مالك بغير عوض اذا كان ممالايلزمه ومما لاتجرى العادة بفعله وانما اشترط اذا كان مما لايلزمه لان أن يفعل مايلزمه بالشرع وان لم يكن بعوض كنفقته على الآباء المعسرين أو الابناء

وإنما قيل مما لم تجر العادة بفعله لأن له اتلاف اليسير من ماله بغير عوض كالأضحية والنفقة في العيد والصدقة اليسيرة وكذلك تراعى العادة في انفاقه في عوض كالتزوج والنفقة على الزوجة ويجوز بيعه وابتياعه مالم تكن فيه محاباة وكذلك يجوز اقراره بالدين لمن لا يتهم عليه واختلف قول مالك في قضاء بعض غرمائه دون بعض وفي رهنه . وأما جمهور من قال بالحجر على المفلس فقالوا هو قبل الحكم كسائر الناس وانما ذهب الجمهور لهذا لان الاصل هو جواز الافعال حتى يقع الحجر ومالك كانه اعتبر المعنى نفسه وهو احاطة الدين بماله لكن لم يعتبره في كل حال لانه يجوز بيعه وشراؤه اذا لم يكن فيه محاباة ولا يجوزه للمحجور عليه وأما حاله بعد التفليس فلا يجوز له فيها عند مالك بيع ولا شراء ولا أخذ ولا عطاء ولايجوز اقراره بدين في ذمته لقريب ولا بعيد قيل الا ان يكون لواحد منهم بينة وقيل يجوز لمن يعلم منه اليه تقاض. واختلف في اقراره بمال معين مثل القراض والوديعة على ثلاثة أقوال في المذهب بالجواز والمنع والثالث بالفرق بين أن يكون على أصل القراض أو الوديعة بينة أو لاتكون فقيل ان كانت صدق وان لم تكن لم يصدق . واختلفوا من هذا الباب في ديون المفلس المؤجلة هل تحل بالتفليس أم لا فذهب مالك الى أن التفليس في ذلك كالموت وذهب غيره الى خلاف ذلك وجمهور العلماء على ان الديون تحل بالموت قال ابن شهاب مضت السنة بان دينه قد حل حين مات وحجتهم ان الله تبارك وتعالى لم يبح التوارث الا بعد قضاء الدين فالورثة في ذلك بين أحد أمرين اما ان لايريدوا أن يؤخروا حقوقهم في المواريث الى محل أجل الدين فيلزم ان يجعل الدين حالا واما ان يرضوا بتأخير ميراثهم حتى تحل الديون حينئذ مضمونة في التركة خاصة لا في ذممهم بخلاف ماكان عليه الدين قبل الموت لانه كان في ذمة الميت وذلك يحسن في حق ذى الدين ولذلك رأى بعضهم انه ان رضى الغرماء بتحمله في ذممهم ابقيت الديون الى أجلها وممن قال بهذا القول ابن سيرين واختاره أبو عبيد من فقهاء الامصار لكن لايشبه الفلس في هذا المعنى الموت كل الشبه وان كانت كلا الذمتين قد خربت ذمته فان ذمة المفلس يرجى الملاء لها بخلاف ذمة الميت . وأما النظر فيما يرجع به أصحاب الديون من مال المفلس فان ذلك يرجع الى الجنس والقدر اماما كان قد ذهب عين العوض الذى استوجب من قبله الغريم على المفلس فان دينه فى ذمة المفلس. واما اذا كان عين العوض باقياً بعينه لم يفت إلا انه لم يقبض ثمنه فاختلف في ذلك فقهاء الامصار على أربعة أقوال الاول ان صاحب السلعة أحق بها على كل حال الا أن يتركها ويختار المحاصة وبه قال الشافعي وأحمد وأبو ثور والقول الثاني ينظر الى قيمة السلعة يوم الحكم بالتفليس فان كانت أقل من

الثمن خير صاحب السلعة بين ان يأخذها أو يحاص الغرماء وان كانت أكثر أو مساوية للثمن أخذها بعينها وبه قال مالك وأصحابه والقول الثالث تقوم السلعة يوم التفليس فان كانت قيمتها مساوية للثمن أو أقل منـه قضى له بها أعني للبائع وان كانت أكثر دفع اليه مقدار ثمنه ويتحاصون في الباقي وبهذا القول قال جماعة من أهل الاثر، والقول الرابع انه أسوة الغرماء فيها على كل حال وهو قول أبي حنيفة وأهل الكوفة ✡ والاصل في هـذه المسألة ماثبت من حديث أبي هريرة أن رسول الله صـلى الله عليـه وسـلم قال: أيما رجل أفلس فادرك الرجل ماله بعينـه فهو أحق به من غيره وهذا الحديث خرجه مالك والبخاري ومسلم والفاظهم متقاربة وهذا اللفظ لمالك فمن هؤلاء من حمله على عمومه وهو الفريق الاول ومنهم من خصصه بالقياس وقالوا ان معقوله انما هو الرفق بصاحب السلعة لكون سلعته باقية وأكثر مافي ذلك ان يأخذ الثمن الذي باعها به فاما ان يعطى في هذه الحال الذي اشترك فيها مـع الغرماء أكثر من ثمنها فذلك مخالف لاصول الشرع وبخاصة اذا كان للغرماء اخذها بالثمن كما قال مالك . واما أهل الكوفة فردوا هذا الحديث بجملته لمخالفته للاصول المتواترة على طريقتهم في رد خبر الواحد اذا خالف الاصول المتواترة لكون خبر الواحد مظنونا والاصول يقينية مقطوع بها كما قال عمر في حديث فاطمة بنت قيس ما كنا لندع كتاب الله وسنة نبينا لحديث امرأة ورووا عن علي انه قضى بالسلعة للمفلس وهو رأى ابن سيرين وابراهيم من التابعين وربما احتجوا بان حديث أبي هريرة مختلف فيه وذلك أن الزهري روى عن أبي بكر بن عبد الرحمن عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: أيما رجل مات أو أفلس فوجـد بعض غرمائه ماله بعينه فهو اسوة الغرماء وهذا الحديث أولى لانه موافق للاصول الثابتة قالوا وللجمع بين الحديثين وجه وهو حمل ذلك الحديث على الوديعة والعارية الا أن الجمهور دفعوا هذا التأويل بما ورد في لفظ حديث أبي هريرة في بعض الروايات من ذكر البيع وهذا كله عند الجميع بعد قبض المشتري السلعة فأما قبل القبض فالعلماء متفقون أهل الحجاز وأهـل العراق أن صاحب السلعة أحق بهـا لانها في ضمانه واختلف القائلون بهذا الحديث اذا قبض البائع بعض الثمن فقال مالك ان شاء أن يرد ماقبض ويأخذ السلعة كلها وان شاء حاص الغرماء فيما بقي من سلعته . وقال الشافعي بل يأخذ مابقي من سلعته بما بقي من الثمن ، وقالت جماعـة من أهل العـلم داود واسحاق واحمد ان قبض من الثمن شيئا فهو اسوة الغرماء وحجتهم ماروى مالك عن ابن شهاب عن أبي بكر بن عبد الرحمن أن رسول الله صلى الله عليه وسـ

قال : انما رجل باع متاعا فأفلس الذى ابتاعه ولم يقبض الذى باعه شيئا فوجده بعينه فهو أحق به وان مات الذى ابتاعه فصاحب المتاع اسوة الغرماء وهو حديث وان أرسله مالك فقد اسنده عبد الرزاق وقد روى من طريق الزهرى عن أبى هريرة فيه زيادة بيان وهو قوله فيه فان كان قبض من ثمنه شيئا فهو اسوة الغرماء ذكره أبو عبيد في كتابه في الفقه وخرجه وحجة الشافعى ان كل السلعة أو بعضها في الحكم واحد . ولم يختلفوا أنه اذا فوت المشترى بعضها ان البائع أحق بالمقدار الذى أدرك من سلعته الاعطاء فانه قال اذا فوت المشترى بعضها كان البائع اسوة الغرماء . واختلف الشافعى ومالك في الموت هل حكمه حكم الفلس أم لا فقال مالك هو في الموت اسوة الغرماء بخلاف الفلس * وقال الشافعى الامر في ذلك واحد وعمـدة مالك مارواه عن ابن شهاب عن أبى بكر وهو نص في ذلك وأيضا من جهة النظر ان فرقا بين الذمة في الفلس والموت وذلك أن المفلس ممكن أن تثرى حاله فيتبعه غرماؤه بما بقى عليه وذلك غير متصور في الموت . وأما الشافعى فعمدته مارواه ابن أبى ذئب بسنده عن أبى هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : انما رجـل مات أو أفلس فصاحب المتاع أحق به فسوى في هذه الرواية بين الموت والفلس قال وحديث ابن أبى ذئب أولى من حديث ابن شهاب لان حديث ابن شهاب مرسل وهـذا مسند ومن طريق المعنى فهو مال لاتصرف فيه للمالك الا بعد أداء ماعليه فاشبه مال المفلس وقياس مالك أقوى من قياس الشافعى وترجيح حديثه على حديث ابن أبى ذئب من جهة أن موافقة القياس له أقوى وذلك ان ماوافق من الاحاديث المتعارضة قيـاس المعنى فهو أقوى مما وافقه قياس الشبه أعنى أن القياس الموافق لحديث الشافعى هو قياس شبه والموافق لحديث مالك قياس معنى ومرسل مالك خرجه عبد الرزاق * فسبب الخلاف تعارض الآثار في هذا المعنى والمقاييس وأيضا فان الاصل يشهد لقول مالك في الموت أعنى ان من باع شيئا فليس يرجع اليه فمالك رحمه الله أقوى في هذه المسئلة والشافعى انما ضعف عنده فيها قول مالك لما روى من المسند والمرسل عنـده لايجب العمل به . واختلف مالك والشافعى فيمن وجد سلعته بعينها عند المفلس وقد أحدث زيادة مثـل أن تكون أرضا يغرسها أو عرصة يبنيها فقال مالك العمل الزائد فيها هو فوت ويرجع صاحب السلعة شريك الغرماء . وقال الشافعى بل يخير البائع بين أن يعطى قيمة ماأحدث المشـترى في سلعته ويأخذها او أن يأخذ أصل السلعة ويحاص الغرماء في الزيادة وما يكون فوتا مما لايكون فوتا في مذهب مالك منصوص في كتبه المشهورة وتحصيل مذهب مالك فيما يكون الغريم به أحق من سائر الغرماء في

الموت والفلس او في الفلس دون الموت أن الاشياء المبيعة بالدين تنقسم في التفليس ثلاثة اقسام عرض يتعين وعين اختلف فيه هل يتعين فيه أم لا وعمل لايتعين فاما العرض فان كان في يد بائعه لم يسلمه حتى افلس المشترى فهو احق به في الموت والفلس وهذا مالاخلاف فيه وان كان قد دفعه الى المشترى ثم افلس وهو قائم بيده فهو احق به من الغرماء في الفلس دون الموت ولهم عنده أن ياخذوا سلعته بالثمن. وقال الشافعي ليس لهم وقال اشهب لايأخذونها الا بزيادة يحطونها عن المفلس . وقال ابن الماجشون ان شاؤا كان الثمن من أموالهم او من مال الغريم . وقال ابن كنانة بل يكون من أموالهم . وأما العين فهو أحق بها في الموت أيضا والفلس ما كان بيده . واختلف اذا دفعه الى بائعه فيه ففلس أو مات وهو قائم بيده يعرف بعينه فقيل انه أحق به كالعروض في الفلس دون الموت وهو قول ابن القاسم وقيل أنه لاسبيل له عليه وهو اسوة الغرماء وهو قول أشهب والقولان جاريان على الاختلاف في تعيين العين وأما ان لم يعرف بعينه فهو اسوة الغرماء في الموت والفلس وأما العمل الذى لايتعين فان افلس المستأجر قبل أن يستوفي عمل الاجير كان الاجير أحق بما عمله في الموت والفلس جميعا كالسلعة اذا كانت بيد البائع في وقت الفلس وان كان فلسه بعد أن استوفي عمل الاجير فالاجير اسوة الغرماء باجرته التى شارطه عليها في الفلس والموت جميعا على أظهر الاقوال إلا أن تكون بيده السلعة التى استؤجر على عملها فيكون أحق بذلك في الموت والفلس جميعا لانه كالرهن بيده فان اسلمه كان اسوة الغرماء بعمله الا ان يكون له فيه شيء أخرجه فيكون أحق به في الفلس دون الموت وكذلك الأمر عنده في فلس مكترى الدواب ان المكرى أحق بما عليه من المتاع في الموت والفلس جميعا وكذلك مكترى السفينة وهذا كله شبهه مالك بالرهن وبالجملة فلا خلاف في مذهبه أن البائع أحق بما في يديه في الموت والفلس وأحق بسلعته القائمة الخارجة عن يده في الفلس دون الموت وانه اسوة الغرماء في سلعته اذا فاتت وعند مايشبه حال الاجير عند أصحاب مالك وبالجملة البائع منفعة بالبائع الرقبة فمرة يشبهون المنفعة التى عمل بالسلعة التى لم يقبضها المشترى فيقولون هو أحق بها في الموت والفلس ومرة يشبهونه بالتى خرجت من يده ولم يمت فيقولون هو أحق بها في الفلس دون الموت ومرة يشبهون ذلك بالموت الذى فاتت فيه فيقولون هو اسوة الغرماء ومثال ذلك اختلافهم فيمن استؤجر على سقى حائط فسقاه حتى أثمر الحائط ثم أفلس المستأجر فانهم قالوا فيه الثلاثة الأقوال وتشبيه بيع المنافع في هذا الباب ببيع الرقاب هو شيء فيما أحسب انفرد به مالك دون فقهاء

الأمصار وهو ضعيف لان قياس الشبه المأخوذ من الوضع المفارق للاصول يضعف ولذلك ضعف عند قوم القياس على موضع الرخص ولكن انقدح هنالك قياس علة فهو أقوى ولعل المالكية تدعى وجود هذا المعنى في هذا القياس لكن هذا كله ليس يليق بهذا المختصر. ومن هذا الباب اختلافهم في العبد المفلس المأذون له في التجارة هل يتبع بالدين في رقبته أم لا فذهب مالك وأهل الحجاز الى أنه انما يتبع بما في يده لا في رقبته ثم إن اعتق اتبع بما بقى عليه. ورأى قوم انه يباع ، ورأى قوم أن الغرماء يخيرون بين بيعه وبين أن يسعى فيما بقى عليه من الدين وبه قال شريح ، وقالت طائفة بل يلزم سيده ماعليه وان لم يشترطه فالذين لم يروا بيع رقبته قالوا انما عامل الناس على ما في يده فأشبه الحر والذين رأوا بيعه شبهوا ذلك بالجنايات التى يجنى وأما الذين رأوا الرجوع على السيد بما عليه من الدين فانهم شبهوا ماله بمال السيد اذ كان له انتزاعه ☆ فسبب الخلاف هو تعارض أقيسة الشبه في هذه المسئلة. ومن هذا المعنى اذا أفلس العبد والمولى معا باى يبدأ هل بدين العبد ثم بدين المولى فالجمهور يقولون بدين العبد لان الذين داينوا العبد انما فعلوا ذلك ثقة بما رأوا عند العبد من المال والذين داينوا المولى لم يعتدوا بمال العبد ومن رأى البدء بالمولى قال لان مال العبد هو في الحقيقة للمولى ☆ فسبب الخلاف تردد مال العبد بين أن يكون حكمه حكم مال الاجنبى أو حكم مال السيد. وأما قدر مايترك للمفلس من ماله فقيل في المذهب يترك له مايعيش به هو وأهله وولده الصغار الايام وقال في الواضحة والعتبية الشهر ونحوه ويترك له كسوة مثله وتوقف مالك فى كسوة زوجته لكونها هل تجب لها بعوض مقبوض وهو الانتفاع بها أو بغير عوض وقال سحنون لايترك له كسوة زوجته وروى ابن نافع عن مالك انه لايترك الا مايواريه وبه قال ابن كنانة. واختلفوا فى بيع كتب العلم عليه على قولين وهذا مبنى على كراهية بيع كتب الفقه أولا كراهية ذلك وأما معرفة الديون التى يحاص بها من الديون التى لايحاص بها على مذهب مالك فانها تنقسم أولا الى قسمين أحدها أن تكون واجبة عن عوض والثاني ان تكون واجبة عن غير عوض فاما الواجبة عن عوض فانها تنقسم الى عوض مقبوض وإلى عوض غير مقبوض فاما ما كانت عن عوض مقبوض وسواء كانت مالا اوارش جناية فلا خلاف فى المذهب ان محاصة الغرماء بها واجبة وأما ما كان عن عوض غير مقبوض فان ذلك ينقسم خمسة أقسام أحدها ان لا يمكنه دفع العوض بحال كنفقة الزوجات لما يأتى من المدة. والثانى ان لا يمكنه دفع العوض ولكن يمكنه دفع مايستوفى فيه مثل أن يكترى الرجل الدار بالنقد أو يكون

العرف فيه النقد ففلس المكترى قبل أن يسكن أوبعد ماسكن بعض السكنى وقبل أن يدفع الكراء * والثلث أن يكون دفع العوض يمكنه ويلزمه كرأس مال السلم اذا أفلس المسلم اليه قبل دفع رأس المال*والرابع ان يكون يمكنه دفع العوض ولا يلزمه مثل السلعة اذا باعها ففلس المبتاع قبل أن يدفعها اليها البائع * والخامس أن لا يكون اليه تعجيل دفع العوض مثل أن يسلم الرجل الى الرجل دنانير في عروض الى أجل فيفلس المسلم قبل أن يدفع رأس المال وقبل أن يحل أجل السلم فاما الذى لايمكنه دفع العوض بحال فلا محاصة فى ذلك الا في مهور الزوجات اذا فلس الزوج قبل الدخول وأما الذى لايمكنه دفع العرض ويمكنه دفع مايستوفى منه مثل المكترى يفلس قبل دفع الكراء فقيل للمكرى المحاصة بجميع الثمن واسلام الدار للغرماء وقيل ليس له الا المحاصة بما سكن ويأخذ داره وان كان لم يسكن فليس له الا اخذ داره وأما مايمكنه دفع العوض ويلزمه وهو اذا كان العوض عينا فقيل يحاص به الغرماء في الواجب له بالعوض ويدفعه فقيل هو أحق به وعلى هذا لايلزمه دفع العوض وأما مايمكنه دفع العوض ولا يلزمه فهو بالخيار بين المحاصة والامساك وذلك هو اذا كان العوض عينا وأما اذا لم يكن اليه تعجيل العوض مثل أن يفلس المسلم قبل ان يدفع رأس المال وقبل أن يحل أجل السلم فان رضى المسلم اليه ان يعجل العروض ويحاصص الغرماء برأس مال السلم فذلك جائز ان رضى بذلك الغرماء فان أبى ذلك أحد الغرماء حاص الغرماء برأس المال الواجب له فيما وجد للغريم من مال وفي العروض التى عليه اذا حلت لانها من مال المفلس وان شاؤا أن يبيعوها بالنقد ويتحاصوا فيها كان ذلك لهم وأما ماكان من الحقوق الواجبة عن غير عوض فان ماكان منها غير واجب بالشرع بل بالالتزام كالهبات والصدقات فلا محاصة فيها وأما ما كان منها واجبا بالشرع كنفقة الاباء والابناء ففيها قولان . أحدهما أن المحاصة لاتجب بها وهو قول ابن القاسم والثانى انها تجب بها اذا لزمت بحكم من السلطان وهو قول أشهب وأما النظر الخامس وهو معرفة وجه التحاص فان الحكم في ذلك أن يصرف مال الغريم من جنس ديون الغرماء وسواء كان مال الغرماء من جنس واحد أومن أجناس مختلفة اذ كان لايقتضى في الديون الا ماهو من جنس الدين الا أن يتفقوا من ذلك على شىء يجوز . واختلفوا من هذا الباب في فرع طارىء وهو اذا هلك مال المحجور عليه بعد الحجر وقبل قبض الغرماء ممن مصيبته فقال أشهب مصيبته من المفلس وقال ابن الماجشون مصيبته من الغرماء اذا وقفه السلطان وقال ابن القاسم مايحتاج الى بيعه فضمانه من الغريم لانه انما يباع على ملكه ومالا يحتاج الى بيعه فضمانه من الغرماء مثل أن يكون المال عينا والدين عينا وكلهم روى قوله عن مالك

وفرق أصبغ بين الموت والفلس فقال المصيبة في الموت من الغرماء وفي الفلس من المفلس فهذا هو القول في أصول أحكام المفلس الذى له من المال مالايفى بديونه . وأما المفلس الذى لامال له أصلا فان فقهاء الامصار مجمعون على أن العدم له تأثير في اسقاط الدين الى وقت ميسرته الا ماحكى عن عمر بن عبد العزيز ان لهم ان يؤاجروه وقال به أحد من فقهاء الامصار وكلهم مجمعون على أن المدين اذا ادعى الفلس ولم يعلم صدقه انه يحبس حتى يتبين صدقه أو يقور بذلك صاحب الدين فاذا كان ذلك خلى سبيله وحكى عن أبى حنيفة ان لغرمائه ان يدوروا معه حيث دار وانما صار الكل الى القول بالحبس في الديون وان كان لم يأت فى ذلك أثر صحيح لأن ذلك أمر ضرورى في استيفاء الناس حقوقهم بعضهم من بعض وهـذا دليل على القول بالقياس الذى يقتضى المصلحة وهو الذى يسمى بالقياس المرسل وقد روى أن النبي عليه الصلاة والسلام حبس رجلا في تهمة خرجه فيما أحسب أبوداود . والمحجورون عند مالك السفهاء والمفلسون والعبيد والمرضى والزوجة فيما فوق الثلث لانه يرى أن للزوج حقا فى المال وخالفه في ذلك الاكثر وهذا القدر كاف بحسب غرضنا فى هذا الكتاب .

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

﴿ وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما ﴾

كتاب الصلح

والاصل في هذا الكتاب قوله تعالى « والصلح خير » وماروى عن النبى عليه السلام مرفوعا وموقوفا على عمر امضاء الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحا أحل حراما أو حرم حلالا واتفق المسلمون على جوازه على الاقرار واختلفوا فى جوازه على الانكار فقال مالك وأبو حنيفة يجوز على الانكار وقال الشافعى لايجوز على الانكار لانه من أكل المال بالباطل من غير عوض والمالكية تقول فيه عوض وهو سقوط الخصومة واندفاع اليمين عنه ولا خلاف في مذهب مالك أن الصلح الذى يقع على الاقرار يراعى في صحته مايراعى فى البيوع فيفسد بما تفسد به البيوع من أنواع الفساد الخاص بالبيوع ويصح بصحته وهذا هو مثل ان يدعى انسان على آخر دراهم فيصالحه عليها بعد الاقرار بدنانير نسيئة وما أشبه هذا من البيوع الفاسدة من قبل الربا

والغرر . وأما الصلح على الانكار فالمشهور فيه عن مالك وأصحابه أنه يراعى فيه من الصحة مايراعى فى البيوع مثل ان يدعى انسان على آخر دراهم فينكر ثم يصالحه عليها بدنانير مؤجلة فهذا لايجوز عند مالك وأصحابه وقال أصبغ هو جائز لان المكروه فيه من الطرف الواحد وهو من جهة الطالب لانه يعترف انه آخذ دنانير نسيئة في دراهم حلت له وأما الدافع فيقول هي هبة مني وأما ان ارتفع المكروه من الطرفين مثل ان يدعى كل واحد منهما على صاحبه دنانير أودراهم فينكر كل واحد منهما صاحبه ثم يصطلحان على ان يؤخر كل واحد منهما صاحبه فيما يدعيه قبله الى أجل فهذا عندهم هو مكروه أما كراهيته فمخافة ان يكون كل واحد منهما صادقا فيكون كل واحد منهما قد أنظر صاحبه لانظار الآخر اياه فيدخله أسلفني وأسلفك وأما وجه جوازه فلان كل واحد منهما انما يقول مافعلت انما هو تبرع مني وما كان يجب على شيء وهذا النحو من البيوع قيل انه يجوز اذا وقع وقال ابن الماجشون يفسخ اذا وقع عليه أثر عقده فان طال مضى فالصلح الذى يقع فيه مما لايجوز في البيوع هو في مذهب مالك على ثلاثة أقسام صلح يفسخ باتفاق . وصلح يفسخ باختلاف . وصلح لايفسخ باتفاق ان طال وان لم يطل فيه اختلاف

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

(وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما)

(كتاب الكفالة)

واختلف العلماء في نوعها وفي وقتها وفي الحكم اللازم عنها وفي شروطها وفي صفة لزومها وفي محلها ولها أسماء كفالة وحمالة وضمانة وزعامة فاما انواعها فنوعان حمالة بالنفس وحمالة بالمال أما الحمالة بالمال فثابتة بالسنة ومجمع عليها من الصدر الاول ومن فقهاء الامصار وحكى عن قوم انها ليس لازمة تشبيها بالعدة وهو شاذ والسنة التى صار اليها الجمهور في ذلك هو قوله عليه السلام : الزعيم غارم . وأما الحمالة بالنفس وهي التى تعرف بضمان الوجه فجمهور فقهاء الامصار على جواز وقوعها شرعا اذا كانت بسبب المال وحكى عن الشافعى في الجديد انها لاتجوز وبه قال داود وحجتهما قوله تعالى (معاذ الله ان نأخذ الا من وجدنا متاعنا عنده) ولانها كفالة بنفس فاشبهت الكفالة في

الحدود وحجة من أجازها عموم قوله عليه السلام : الزعيم غارم وتعلقوا بان في ذلك مصلحة وانه مروي عن الصدر الاول . وأما الحكم اللازم عنها فجمهور القائلين بحمالة النفس متفقون على ان المتحمل عنه اذا مات لم يلزم الكفيل بالوجه شيء وحكي عن بعضهم لزوم ذلك ، وفرق ابن القاسم بين ان يموت الرجل حاضراً أو غائبا فقال ان مات حاضراً لم يلزم الكفيل شيء وان مات غائباً نظر فان كانت المسافة التي بين البلدين مسافة يمكن الحميل فيها احضاره في الأجل المضروب له في احضاره وذلك نحو اليومين الى الثلاثة ففرط غرم والا لم يغرم. واختلفوا اذا غاب المتحمل عنه ماحكم الحميل بالوجه على ثلاثة أقوال ، القول الاول انه يلزمه ان يحضره او يغرم وهو قول مالك واصحابه واهل المدينة ، والقول الثاني انه يحبس الحميل الى ان ياتي به او يعلم موته وهو قول ابي حنيفة واهل العراق ، والقول الثالث انه ليس عليه الا ان ياتي به اذا علم موضعه ومعنى ذلك أن لا يكلف احضاره الا مع العلم بالقدرة على احضاره فان ادعى الطالب معرفة موضعه على الحميل وانكر الحميل كلف الطالب بيان ذلك قالوا ولا يحبس الحميل الا اذا كان المتحمل عنه معلوم الموضع فيكلف حينئذ احضاره وهذا القول حكاه ابو عبيد القاسم بن سلام في كتابه في الفقه عن جماعة من الناس واختاره وعمدة مالك ان المتحمل بالوجه غار لصاحب الحق فوجب عليه الغرم اذا غاب وربما احتج لهم بما روى عن ابن عباس ان رجلا سال غريمه ان يؤدي اليه ماله او يعطيه حميلا فلم يقدر حتى حاكمه الى النبي عليه السلام فتحمل عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم ادى المال اليه قالوا فهذا غرم في الحمالة المطلقة، واما اهل العراق فقالوا انما يجب عليه احضار ماتحمل به وهو النفس فليس يجب ان يعدى ذلك الى المال الا وشرطه على نفسه وقد قال عليه السلام : المؤمنين عند شروطهم فانما عليه ان يحضره أو يحبس فيه فكما انه اذا ضمن المال فانما عليه ان يحضر المال أو يحبس فيه كذلك الامر في ضمان الوجه وعمدة الفريق الثالث انه انما يلزمه احضاره اذا كان احضاره له مما يمكن وحينئذ يحبس اذا لم يحضره . واما اذا علم ان احضاره له غير ممكن فليس يجب عليه احضاره كما انه اذا مات ليس عليه احضاره قالوا ومن ضمن الوجه فاغرم المال فهو أحرى ان يكون مغرورا من أن يكون غارا فاما اذا اشترط الوجه دون المال وصرح بالشرط فقد قال مالك أن المال لا يلزمه ولا خلاف في هذا فيما أحسب لانه كان يكون قد الزم ضد ما اشترط فهذا هو حكم ضمان الوجه . وأما حكم ضمان المال فان الفقهاء متفقون على انه اذا عدم المضمون أو غاب ان الضامن غارم . واختلفوا اذا حضر الضامن والمضمون وكلاهما موسر فقال الشافعي وأبو حنيفة وأصحابهما والثوري والاوزاعي واحمد واسحق للطالب

ان يأخذ من شاء الكفيل أو المكفول وقال مالك في أحد قوليه ليس له إن يأخذ الكفيل مع وجود المتكفل عنه وله قول آخر مثل قول الجمهور وقال أبو ثور الحمالة والكفالة واحدة ومن ضمن عن رجل مالازمه وبرىء المضمون ولا يجوز ان يكون مال واحد على اثنين وبه قال ابن أبى ليلى وابن شبرمة ومن الحجة لما رأى ان الطالب يجوز له مطالبة الضامن كان المضمون عنه غائبا أو حاضراً غنيا أو عديما حديث قبيصة ابن المخارق قال تحملت حمالة فاتيت النبى صلى الله عليه وسلم فسألته عنها فقال يخرجها عنك من إبل الصدقة ياقبيصة ان المسئلة لا تحل الا فى ثلاث وذكر رجلا تحمل حمالة رجل حتى يؤديها ووجه الدليل من هذا أن النبى صلى الله عليه وسلم أباح المسئلة للمتحمل دون اعتبار حال المتحمل عنه . وأما محل الكفالة فهى الأموال عند جمهور أهل العلم لقوله عليه السلام : الزعيم غارم اعنى كفالة المال وكفالة الوجه وسواء تعلقت الاموال من قبل أموال أو من قبل حدود مثل المال الواجب فى قتل الخطأ أو الصلح في قتل العمد أو السرقة التى ليس يتعلق بها قطع وهى مادون النصاب أو من غير ذلك وروى عن أبى حنيفة اجازة الكفالة في الحدود والقصاص أو في القصاص دون الحدود وهو قول عثمان البتى اعنى كفالة النفس . وأما وقت وجوب الكفالة بالمال اعنى مطالبته بالكفيل فاجمع العلماء على ان ذلك بعد ثبوت الحق على المكفول اما باقرار وأما ببينة . وأما وقت وجوب الكفالة بالوجه فاختلفوا هل تلزم قبل اثبات الحق أم لا فقال قوم انها لاتلزم قبل اثبات الحق بوجه من الوجوه وهو قول شريح القاضى والشعبى وبه قال سحنون من أصحاب مالك وقال قوم بل يجب اخذ الكفيل بالوجه على اثبات الحق وهؤلاء اختلفوا متى يلزم ذلك والى كم من المدة يلزم فقال قوم ان اتى بشبهة قوية مثل شاهد واحد لزمه ان يعطى ضامنا بوجهه حتى يلوح حقه والالم يلزمه الكفيل الا أن يذكر بينة حاضرة في المصر فيعطيه حميلا من الخمسة الايام الى الجمعة وهو قول ابن القاسم من أصحاب مالك وقال أهل العراق لايؤخذ عليه حميل قبل ثبوت الحق الا أن يدعى بينة حاضرة في المصر نحو قول ابن القاسم الا أنهم حددوا ذلك بالثلاثة الايام يقولون انه ان اتى بشبهة لزمه ان يعطيه حميلا حتى يثبت دعواه اونبطل وقد انكروا الفرق في ذلك والفرق بين الذى يدعى البينة الحاضرة والغائبة وقالوا لايؤخذ حميل على أحد إلا ببينة وذلك الى بيان صدق دعواه أوابطالها ☆ وسبب هذا الاختلاف تعارض وجه العدل بين الخصمين في ذلك فانه اذا لم يؤخذ عليه ضامن بمجرد الدعوى لم يؤمن أن يغيب بوجهه فيعنت طالبه واذا أخذ عليه لم يؤمن أن تكون الدعوى

باطلة فيعنت المطلوب ولهذا فرق من فرق بين دعوى البينة الحاضرة والغائبة وروى عن عراك بن مالك قال أقبل نفر من الاعراب معهم ظهر فصحبهم رجلان خباتا معهم فأصبح القوم وقد فقدوا كذا وكذا من إبلهم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لاحد : الرجلين اذهب واطلب وحبس الآخر فجاء بماذهب فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لاحد الرجلين استغفرلي فقال غفر الله لك قال وأنت فغفر الله لك وقتلك في سبيله خرج هذا الحديث أبوعبيد في كتابه في الفقه قال وحمله بعض العلماء على ان ذلك كان من رسول الله حبسا قال ولا يعجبني ذلك لانه لايجب الحبس بمجرد الدعوى وانما هو عندى من باب الكفالة بالحق الذى لم يجب اذا كانت هنالك شبهة لمكان صحبتهما لهم فأما أصناف المضمونين فليس يلحق من قبل ذلك اختلاف مشهور لاختلافهم في ضمان الميت اذا كان عليه دين ولم يترك وفاء بدينه فأجازه مالك والشافعى وقال أبو حنيفة لايجوز واستدل أبو حنيفة من قبل ان الضمان لايتعلق بمعدوم قطعا وليس كذلك المفلس واستدل من رأى ان الضمان يلزمه بماروى أن النبى عليه الصلاة والسلام كان في صدر الاسلام لايصلى على من مات وعليه دين حتى يضمن عنه والجمهور يصح عندهم كفالة المحبوس والغائب ولا يصح عند ابى حنيفة. وأما شروط الكفالة فان أباحنيفة والشافعى يشترطان في وجوب رجوع الضامن على المضمون بما أدى عنه أن يكون الضمان باذنه ومالك لايشترط ذلك ولا تجوز عند الشافعى كفالة المجهول ولا الحق الذى لم يجب بعد وكل ذلك لازم وجائز عند مالك وأصحابه. وأما ماتجوز فيه الحمالة بالمال مما لاتجوز فانها تجوز عند مالك بكل مال ثابت في الذمة الا الكتابة ومالايجوز فيه التأخير ومايستحق شيئا فشيئا مثل النفقات على الازواج وماشا كلها .

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

(وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما)

﴿ كتاب الحوالة ﴾

والحوالة معاملة صحيحة مستثناة من الدين بالدين لقوله عليه الصلاة والسلام : مطل الغنى ظلم واذا أحيل أحدكم على غنى فليستحل والنظر في شروطها وفي حكمها. فن الشروط اختلافهم في إعتبار رضا المحال والمحال عليه فن الناس من اعتبر

رضا المحال ولم يعتبر رضا المحال عليه وهو مالك ومن الناس من اعتبر رضاهما معاً ومن الناس من لم يعتبر رضا المحال واعتبر رضا المحال عليه وهو نقيض مذهب مالك وبه قال داود فمن رأى أنها معاملة اعتبر رضا الصنفين ومن أنزل المحال عليه من المحال منزلته من المحيل لم يعتبر رضاه معه كالا يعتبره مع المحيل اذاطلب منه حقه ولم يحل عليه أحدا وأماداود فحجته ظاهر قوله عليه الصلاة والسلام: واذا أحيل أحدكم على ملىء فليتبع والامر على الوجوب وبقي المحال عليه على الاصل وهو اشتراط اعتبار رضاه ومن الشروط التي اتفق عليها في الجملة كون ماعلى المحال عليه مجانسا لما على المحيل قدرا ووصفا الا ان منهم من أجازها في الذهب والدراهم فقط ومنعها في الطعام والذين منعوها في ذلك رأوا أنها من باب بيع الطعام قبل ان يستوفي لانه باع الطعام الذي كان له على غريمه بالطعام الذي كان عليه وذلك قبل ان يستوفيه من غريمه وأجاز ذلك مالك اذا كان الطعامان كلاهما من قرض اذا كان دين المحال حالا . وأما ان كان أحدهما من سلم فانه لايجوز الا أن يكون الدينان حالان وعند ابن القاسم وغيره من أصحاب مالك يجوز ذلك اذا كان الدين المحال به حالا ولم يفرق بين ذلك الشافعي لانه كالبيع في ضمان المستقرض وانما رخص مالك في القرض لانه يجوز عنده بيع القرض قبل ان يستوفي . وأما أبو حنيفة فاجاز الحوالة بالطعام وشبهها بالدراهم وجعلها خارجة عن الاصول لخروج الحوالة بالدراهم والمسئلة مبنية على ان ما شذ عن الاصول هل يقاس عليه أم لا والمسئلة مشهورة في أصول الفقه وللحوالة عند مالك ثلاثة شروط أحدها ان يكون دين المحال حالا لانه ان لم يكن حالا كان دينا بدين ، والثاني ان يكون الدين الذي يحيله به مثل الذي يحيله عليه في القدر والصفة لانه اذا اختلفا في أحدهما كان بيعا ولم تكن حوالة فخرج من باب الرخصة الى باب البيع واذا خرج الى باب البيع دخله الدين بالدين ، والشرط الثالث انلا يكون الدين طعاما من سلم أو أحدهما ولم يحل الدين المستحال به على مذهب ابن القاسم واذا كان الطعامان جميعا من سلم فلا تجوز الحوالة باحدهما على الآخر حلت الآجال أولم تحل او حل أحدهما ولم يحل الاخر لانه يدخله بيع الطعام قبل أن يستوفي كما قلنا لكن اشهب يقول ان استوت رؤس أموالهما جازت الحوالة وكانت تولية وابن القاسم لايقول ذلك كالحال اذا اختلفت ويتنزل المحال في الدين الذي أحيل عليه منزلة من أحاله ومنزلته في الدين الذي احاله به وذلك فيما يريد أن يأخذ بدله منه أو يبيعه له من غيره اعني انه لايجوز له من ذلك الا مايجوز له مع الذي أحاله ومايجوز للذي احاله مع الذي احاله عليه ومثال ذلك ان احتال بطعام كان له من قرض في طعام من سلم أو بطعام من سلم في طعام من قرض

لم يجز له ان يبيعه من غيره قبل قبضه منه لانه ان كان احتال بطعام كان من قرض في طعام من سلم نزل منزلة المحيل في انه لايجوز له بيع ما على غريمه قبل ان يستوفيه لكونه طعاما من بيع وان كان احتال بطعام من سلم في طعام من قرض نزل من المحتال عليه منزلته مع من أحاله أعني انه كما انه ماكان يجوز له ان يبيع الطعام الذى كان على غريمه المحيل له قبل ان يستوفيه كذلك لايجوز ان يبيع الطعام الذى أحيل عليه وان كان من قرض وهذا كله مذهب مالك وأدلة هذه الفروق ضعيفة . وأما أحكامها فان جمهور العلماء على ان الحوالة ضد الحمالة في انه اذا افلس المحال عليه لم يرجع صاحب الدين على المحيل بشيء قال مالك وأصحابه الا ان يكون المحيل غره فاحاله على عديم وقال أبوحنيفة يرجع صاحب الدين على المحيل اذا مات المحال عليه مفلساً أو جحد الحوالة . وان لم تكن له بينة وبه قال شريح وعثمان البتى وجماعة * وسبب اختلافهم مشابهة الحوالة الحمالة .

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

(وصلي الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما)

﴿ كتاب الوكالة ﴾

وفيها ثلاثة أبواب ، الباب الاول في أركانها وهي النظر فيما فيه التوكيل وفي الموكل والموكل ، والثانى في أحكام الوكالة ، والثالث في مخالفة الموكل للوكيل .

﴿ الباب الاول ﴾

﴿ الركن الاول في الموكل ﴾

واتفقوا على وكالة الغائب والمريض والمرأة المالكين لامور انفسهم . واختلفوا في وكالة الحاضر الذكر الصحيح فقال مالك تجوز وكالة الحاضر الصحيح الذكر وبه قال الشافعي وقال ابو حنيفة لاتجوز وكالة الصحيح الحاضر ولا المرأة الا أن تكون برزة فمن رأى أن الاصل أن لاينوب فعل الغير عن فعل الغير الا مادعت اليه الضرورة وانعقد الاجماع عليه قال لاتجوز نيابة من اختلف في نيابته ومن رأى أن

الاصل هو الجواز قال الوكالة في كل شيء جائزة الا فيما أجمع على أنه لاتصح فيه من العبادات وماجرى مجراها .

(الركن الثانى في الوكيل)

وشروط الوكيل أن لايكون ممنوعا بالشرع من تصرفه في الشيء الذى وكل فيه فلا يصح توكيل الصبي ولا المجنون ولا المرأة عند مالك والشافعي على عقد النكاح أما عند الشافعي فلا بمباشرة ولا بواسطة أى بأن توكل هي من يلي عقد النكاح ويجوز عند مالك بالواسطة الذكر.

(الركن الثالث فيما فيه التوكيل)

وشرط محل التوكيل ان يكون قابلا للنيابة مثل البيع والحوالة والضمان وسائر العقود والفسوخ والشركة والوكالة والمصارفة والمجاعلة والمساقاة والنكاح والطلاق والخلع والصلح ولا تجوز في العبادات البدنية وتجوز في المالية كالزكاة والصدقة والحج وتجوز عند مالك في الخصومة على الاقرار والانكار وقال الشافعي في أحد قوليه لاتجوز على الاقرار وشبه ذلك بالشهادة والايمان وتجوز الوكالة على استيفاء العقوبات عند مالك وعند الشافعي مع الحضور قولان والذين قالوا ان الوكالة تجوز على الاقرار اختلفوا في مطلق الوكالة على الخصومة هل يتضمن الاقرار أم لا فقال مالك لايتضمن وقال أبو حنيفة يتضمن.

(الركن الرابع)

وأما الوكالة فهى عقد يلزم بالايجاب والقبول كسائر العقود وليست هي من العقود اللازمة بل الجائزة على مانقوله في أحكام هذا العقد وهى ضربان عند مالك عامة وخاصة فالعامة هى التى تقع عنده بالتوكيل العام الذى لايسمى فيه شيء دون شيء وذلك انه ان سمى عنده لم ينتفع بالتعميم والتفويض وقال الشافعي لاتجوز الوكالة بالتعميم وهى غرر وانما يجوز منها ماسمى وحدد ونص عليه وهو الاقيس اذ كان الأصل فيها المنع الا ماوقع عليه الاجماع .

(الباب الثانى في الاحكام)

وأما الاحكام . فمنها أحكام العقد . ومنها أحكام فعل الوكيل فاما هذا العقد فهو كما قلنا عقد غير لازم للوكيل أن يدع الوكالة متى شاء عند الجميع لكن أبو حنيفة يشترط في ذلك حضور الموكل وللموكل أن يعزله متى شاء قالوا الا أن تكون وكالة في خصومة

وقال اصبغ له ذلك مالم يشرف على تمام الحكم وليس للوكيل أن يعزل نفسه في الموضع الذى لايجوز أن يعزله الموكل وليس من شروط انعقاد هذا العقد حضور الخصم عند مالك والشافعى وقال أبو حنيفة ذلك من شرطه وكذلك ليس من شرط ثباتها عند الحاكم حضوره عند مالك وقال الشافعى من شرطه. واختلف أصحاب مالك هل تنفسخ الوكالة بموت الموكل على قولين فاذا قلنا تنفسخ بالموت كما تنفسخ بالعزل فتى يكون الوكيل معزولا والوكالة منفسخة في حق من عامله في المذهب فيه ثلاثة أقوال . انها تنفسخ في حق الجميع بالموت والعزل . والثانى انها تنفسخ في حق كل واحد منهم بالعلم فمن علم انفسخت في حقه ومن لم يعلم لم تنفسخ في حقه . والثالث انها تنفسخ في حق من عامل الوكيل بعلم الوكيل وان لم يعلم هو ولا تنفسخ في حق الوكيل بعلم الذى عامله اذا لم يعلم الوكيل ولكن من دفع اليه شيئا بعد العلم بعزله ضمنه لانه دفع الى من يعلم انه ليس بوكيل. وأما أحكام الوكيل ففيها مسائل مشهورة . أحدها اذا وكل على بيع شيء هل يجوز له أن يشتريه لنفسه فقال مالك يجوز وقد قيل عنه لايجوز وقال الشافعى لايجوز وكذلك عند مالك الاب والوصى ومنها اذا وكله في البيع وكالة مطلقة لم يجز له عند مالك ان يبيع الا بثمن مثله نقداً بنقد البلد ولايجوز ان باع نسيئة أو بغير نقد البلد أو بغير ثمن المثل وكذلك الامر عنده في الشراء وفرق أبو حنيفة بين البيع والشراء المعين فقال يجوز فى البيع أن يبيع بغير ثمن المثل وأن يبيع نسيئة ولم يجز اذا وكله في شراء عبد بعينه ان يشتريه الا بثمن المثل نقداً ويشبه ان يكون ابو حنيفة انما فرق بين الوكالة على شراء شيء بعينه لان من حجته أنه كما أن الرجل قد يبيع الشيء بأقل من ثمن مثله ونساء لمصلحة يراها في ذلك كله كذلك حكم الوكيل اذ قد أنزله منزلته وقول الجمهور أبين وكل مايتعدى فيه الوكيل ضمن عند من يرى أنه تعدى واذا اشترى الوكيل شيئا وأعلم أن الشراء للموكل فالملك ينتقل الى الموكل وقال ابو حنيفة الى الوكيل اولا ثم الى الموكل واذا دفع الوكيل دينا عن الموكل ولم يشهد فانكر الذى له الدين القبض ضمن الوكيل .

(الباب الثالث)

وأما اختلاف الوكيل مع الموكل فقد يكون في ضياع المال الذى استقر عند الوكيل وقد يكون في دفعه الى الموكل فقد يكون فى مقدار الثمن الذى باع به أو اشترى اذا أمره بثمن محدود وقد يكون في الثمون وقد يكون في تعيين من امره بالدفع اليه وقد يكون في دعوى التعدى فاذا اختلفا في ضياع المال فقال الوكيل ضاع منى وقال الموكل لم يضع فالقول قول الوكيل ان كان لم يقبضه ببينة فان كان المال قد

قبضه الوكيل من غريم الموكل ولم يشهد الغريم على الدفع لم يبرأ الغريم باقرار الوكيل عند مالك وغرم ثانية وهل يرجع الغريم على الوكيل فيه خلاف وان كان قد قبضه ببينة برىء ولم يلزم الوكيل شيء. وأما اذا اختلفا في الدفع فقال الوكيل دفعته اليك وقال الموكل لا فقيل القول قول الوكيل وقيل القول قول الموكل وقيل ان تباعد ذلك فالقول قول الوكيل. وأما اختلافهم في مقدار الثمن الذى به أمره بالشراء فقال ابن القاسم ان لم تفت السلعة فالقول قول المشترى وان فاتت فالقول قول الوكيل وقيل يتحالفان وينفسخ البيع ويتراجعان وان فاتت بالقيمة وان كان اختلافهم في مقدار الثمن الذى أمره به في البيع فعند ابن القاسم ان القول فيه قول الموكل لانه جعل دفع الثمن بمنزلة فوات السلعة في الشراء. وأما اذا اختلفا فيمن أمره بالدفع ففي المذهب فيه قولان المشهور أن القول قول المأمور وقيل القول قول الآمر. وأما اذا فعل الوكيل فعلا هو تعد وزعم أن الموكل أمره فالمشهور أن القول قول الموكل وقد قيل ن القول قول الوكيل انه قد أمره لانه قد ائتمنه على الفعل.

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

(وصلي الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما)

﴿كتاب اللقطة﴾

والنظر في اللقطة في جملتين، الجملة الاولى في أركانها، والثانية في أحكامها

(الجملة الاولى)

والاركان ثلاثة، الالتقاط، والملتقط. واللقطة فأما الالتقاط فاختلف العلماء هل هو أفضل أم الترك فقال أبو حنيفة الافضل الالتقاط لانه من الواجب على المسلم أن يحفظ مال أخيه المسلم وبه قال الشافعي، وقال مالك وجماعة بكراهية الالتقاط وروى عن ابن عمر وابن عباس وبه قال أحمد وذلك لامرين، أحدهما ما روى أنه صلى الله عليه وسلم قال: ضالة المؤمن حرق النار ولما يخاف أيضا من التقصير في القيام بما يجب لها من التعريف وترك التعدى عليها وتأول الذين رأوا الالتقاط أول الحديث

وقالوا أراد بذلك الانتفاع بها لا أخذها للتعريف وقال قوم بل لقطها واجب وقد قيل أن هذا الاختلاف اذا كانت اللقطة بين قوم مأمونين والامام عادل قالوا وان كانت اللقطة بين قوم غير مأمونين والامام عادل فواجب التقاطهاوان كانت بين قوم مأمونين والامام جائر فالافضل أن لا يلتقطها وان كانت بين قوم غير مأمونين والامام غير عادل فهو مخير بحسب ما يغلب على ظنه من سلامتها أكثر من أحد الطرفين وهذا كله ما عدا لقطة الحاج فان العلماء أجمعوا على أنه لا يجوز التقاطها لنهيه عليه السلام عن ذلك ولقطة مكة أيضا لا يجوز التقاطها الا للمنشد لورود النص في ذلك والمروى في ذلك لفظان ، أحدهما أنه لا ترفع لقطتها الا للمنشد ، الثاني لايرفع لقطتها الا منشد فالمعنى الواحد أنها لا ترفع الا لمن ينشدها والمعنى الثاني لايلتقطها الا من ينشدها ليعرف الناس وقال مالك يعرف هاتان اللقطتان أبداً فاما الملتقط فهو كل حر مسلم بالغ لانها ولاية واختلف عن الشافعي في جواز التقاط الكافر قال أبو حامد والاصح جواز ذلك في دارالاسلام قال وفى أهلية العبد والفاسق له قولان فوجه المنع عدم أهلية الولاية ووجه الجواز عموم أحاديث اللقطة . وأما اللقطة بالجملة فانها كل مال لمسلم معرض للضياع كان ذلك في عامر الارض أو غامرها والجماد والحيوان في ذلك سواء الا الابل باتفاق والاصل في اللقطة حديث يزيد بن خالد الجهنى وهو متفق على صحته أنه قال : جاء رجل الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فسأله عن اللقطة فقال اعرف عفاصها ووكاءها ثم عرفها سنة فان جاء صاحبها والافشأنك بها قال فضالة الغنم يارسول الله قال هي لك أو لاخيك أو للذئب قال فضالة الابل قال مالك ولها معها سقاؤها وحذاؤها ترد الماء وتأكل الشجر حتى يلقاها ربها وهذا الحديث يتضمن معرفة مايلتقط ممالايلتقط ومعرفة حكم مايلتقط كيف يكون في العام وبعده وبماذا يستحقها مدعيها . فاما الابل فاتفقوا على أنها لاتلتقط واتفقوا على الغنم أنها تلتقط وترددوا في البقر والنص عن الشافعى أنها كالابل وعن مالك أنها كالغنم وعنه خلاف .

الجملة الثانية

وأما حكم التعريف فاتفق العلماء على تعريف ما كان منها له بال سنة مالم تكن الغنم واختلفوا في حكمها بعد السنة فاتفق فقهاء الامصار مالك والثورى والاوزاعى وأبو حنيفة والشافعى وأحمد وأبو عبيد وأبو ثور اذا انقضت كان له أن يأكلها ان كان فقيراً أو يتصدق بها ان كان غنيا فان جاء صاحبها كان مخيراً بين أن

يجيز الصـدقة فينزل على ثوابها أو يضمنه اياها واختلفوا فى الغنى هل له أن يأكلها او ينفقها بعـد الحول . فقال مالك والشافعى له ذلك وقال أبو حنيفة ليس له الا أن يتصدق بها وروى مثل قوله عن على وابن عباس وجماعة من التابعين وقال الاوزاعى ان كان مالا كثيراً جعله في بيت المال وروى مثل قول مالك والشافعي عن عمرو ابن مسعود وابن عمر وعائشة وكلهم متفقون على أنه ان اكلها ضمنها لصاحبها الا أهل الظاهر واستدل مالك والشافعي بقوله عليه السلام: فشأنك بها ولم يفرق بين غني وفقير ومن الحجة لهما مارواه البخارى والترمذى عن سويد بن غفلة قال لقيت أوس بن كعب فقال وجدت صرة فيها مائة دينار فأتيت النبي صلى الله عليه وسلم فقال عرفها حولا فعرفتها فلم اجد ثم اتيته ثلاثا فقال احفظ وعاءها ووكاءها فان جاء صاحبها والا فاستمتع بها وخرج الترمذى وابو داود فاستنفقها فسبب الخلاف معارضة ظاهر لفظ حديث اللقطة لاصل الشرع وهو أنه لايحل مال امرىء مسلم الا عن طيب نفس منه فمن غلب هذا الاصل على ظاهر الحديث وهو قوله بعد التعريف فشانك بها . قال لايجوز فيها تصرف الا بالصدقة فقط على ان يضمن ان لم يجز صاحب اللقطة الصدقة ومن غلب ظاهر الحديث على هذا الاصل ورأى انه مستثنى منه قال تحل له بعد العام وهي مال من ماله لايضمنها ان جاء صاحبها ومن توسط قال يتصرف بعد العام فيها وان كانت عينا على جهة الضمان . وأما حكم دفع اللقطة لمن ادعاها فاتفقوا على أنهـا لاتدفع اليه اذا لم يعرف العفاص ولا الوكاء واختلفوا اذا عرف ذلك هل يحتاج مع ذلك الى بينة أم لا . فقال مالك يستحق بالعلامة ولا يحتاج الى بينة . وقال ابو حنيفة والشافعي لايستحق الا ببينة ✡ وسبب الخلاف معارضة الاصل في اشتراط الشهادة في صحة الدعوى لظاهر هذا الحديث فمن غلب الاصل قال لابد من البينة ومن غلب ظاهر الحديث قال لايحتاج الى بينة وانما اشترط الشهادة فى ذلك الشافعي وابو حنيفة لان قوله عليه السلام اعرف عفاصها ووكاءها فان جاء صاحبها والا فشانك بها يحتمل أن يكون انما امره بمعرفة العفاص والوكاء لئلا تختلط عنده بغيرها ويحتمل ان يكون إنما امره بذلك ليدفعها لصاحبها بالعفاص والوكاء فلما وقع الاحتمال وجب الرجوع الى الأصل فان الاصول لاتعارض بالاحتمالات المخالفة لها الا ان تصح الزيادة التى نذكرها بعد وعند مالك واصحابه ان على صاحب اللقطة ان يصف مع العفاص والوكاء صفة الدنانير والعدد قالوا وذلك موجود في بعض روايات الحديث ولفظه فان جاء صاحبها ووصف عفاصها ووكاءها وعددها فادفعها اليه قالوا ولكن لايضره الجهل بالعدد اذا عرف العفاص والوكاء وكذلك ان زاد فيه واختلفوا ان نقص من العدد على قولين وكذلك اختلفوا

اذا جهل الصفة وجاء بالعفاص واما اذا غلط فيها فلا شيء له واما اذا عرف إحدى العلامتين اللتين وقع النص عليها وجهل الاخرى فقيل انه لاشيء له الا بمعرفتهما جميعا وقيل يدفع اليه بعد الاستبراء وقيل ان ادعى الجهالة استبرأ وان غلط لم تدفع اليه واختلف المذهب اذا اتى بالعلامة المستحقة هل يدفع اليه بيمين أو بغير يمين فقال ابن القاسم بغير يمين وقال اشهب بيمين . واما ضالة الغنم فان العلماء اتفقوا على ان لواجد ضالة الغنم فى المكان القفر البعيد من العمران إن يأكلها لقوله عليه السلام في الشاة : هي لك أو لاخيك أو للذئب واختلفوا هل يضمن قيمتها لصاحبها أم لا فقال جمهور العلماء انه يضمن قيمتها . وقال مالك في أشهر الاقاويل عنه انه لا يضمن ۞ وسبب الخلاف معارضة الظاهر كما قلنا للاصل المعلوم من الشريعة الا ان مالكا هنا غلب الظاهر فجرى على حكم الظاهر ولم يجر كذلك في التصرف فيما وجب تعريفه بعد العام لقوة اللفظ ههنا وعنه رواية أخرى انه يضمن وكذلك كل طعام لايبقى اذا خشى عليه التلف ان تركه وتحصيل مذهب مالك عند أصحابه في ذلك أنها على ثلاثة أقسام . قسم يبقى في يد ملتقطه ويخشى عليه التلف ان تركه كالعين والعروض . وقسم لايبقى فى يد ملتقطه ويخشى عليه التلف ان تركه كالشاة في القفر والطعام الذى يسرع اليه الفساد . وقسم لايخشى عليه التلف . فاما القسم الاول وهو مايبقى في يده ملتقطه ويخشى عليه التلف فانه ينقسم ثلاثة أقسام ، أحدها أن يكون يسيرا لابال له ولا قدر لقيمته ويعلم أن صاحبه لايطلبه لتفاهته فهذا لايعرف عنده وهو لمن وجده والاصل في ذلك ماروى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم مر بتمرة في الطريق فقال لولا ان تكون من الصدقة لاكلتها ولم يذكر فيها تعريفا وهذا مثل العصا والسوط وان كان أشهب قد استحسن تعريف ذلك ، والثاني ان يكون يسيرا الا ان له قدرا ومنفعة فهذا لا اختلاف في المذهب في تعريفه واختلفوا في قدر مايعرف فقيل سنة وقيل اياما وأما الثالث فهو ان يكون كثيرا أوله قدر فهذا لااختلاف فى وجوب تعريفه حولا . واما القسم الثانى وهو مالا يبقى بيد ملتقطه ويخشى عليه التلف فان هذا يأكله كان غنيا أو فقيرا وهل يضمن فيه روايتان كما قلنا الاشهر أن لا ضمان . واختلفوا ان وجدها يسرع اليه الفساد في الحاضرة فقيل لاضمان عليه وقيل عليه الضمان وقيل بالفرق بين أن يتصدق به فلا يضمن أو يأكله فيضمن . وأما القسم الثالث فهو كالابل أعنى ان الاختيار عنده فيه الترك للنص الوارد فى ذلك فان أخذها وجب تعريفها والاختيار تركها وقيل في المذهب هو عام فى جميع الازمنة وقيل انما هو في زمان العدل وأن الافضل في زمان غير العدل التقاطها . وأما ضمانها في الذى تعرف فيه فان العلماء اتفقوا على من التقطها وأشهد على

التقاطها فهلكت عنده أنه غير ضامن. واختلفوا اذا لم يشهد فقال مالك والشافعي وأبو يوسف ومحمد بن الحسن لاضمان عليه ان لم يضيع وان لم يشهد وقال أبو حنيفة وزفر يضمنها ان هلكت ولم يشهد استدل مالك والشافعي بأن اللقطة وديعة فلا ينقلها ترك الاشهاد من الامانة الى الضمان قالوا وهي وديعة بما جاء من حديث سليمان بن بلال وغيره انه قال ان جاء صاحبها والا فلتكن وديعة عندك واستدل أبو حنيفة وزفر بحديث مطرف بن الشخير عن عياض بن حماز قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: من التقط لقطة فليشهد ذوى عدل عليها ولا يكتم ولا يعنت فان جاء صاحبها فهو أحق بها والا فهو مال الله يؤتيه من يشاء وتحصيل المذهب فى ذلك ان واجد اللقطة عند مالك لا يخلو التقاطه لها من ثلاثة أوجه. أحدها أن يأخذها على جهة الاغتيال لها، والثانى أن يأخذها على جهة الالتقاط. والثالث أن يأخذها لا على جهة الالتقاط ولا على جهة الاغتيال فان أخذها على جهة الالتقاط فهى أمانة عنده عليه حفظها وتعريفها فان ردها بعد أن التقطها فقال ابن القاسم يضمن وقال أشهب لا يضمن اذا ردها في موضعها فان ردها في غير موضعها ضمن كالوديعة والقول قوله في تلفها دون يمين الا أن يتهم. وأما اذا قبضها مغتالا لها فهو ضامن لها ولكن لا يعرف هذا الوجه الا من قبله. واما الوجه الثالث فهو مثل ان يجد ثوبا فيأخذه وهو يظنه لقوم بين يديه ليسئلهم عنه فهذا ان لم يعرفوه ولاأدعوه كان له أن يرده حيث وجده ولا ضمان عليه باتفاق عند أصحاب مالك وتتعلق بهذا الباب مسئلة اختلف العلماء فيها وهو العبد يستهلك اللقطة فقال مالك أنها في رقبته اما أن يسلمه سيده فيها. وأما أن يفديه بقيمتها هذا اذا كان استهلاكه قبل الحول فان استهلكها بعد الحول كانت دينا عليه ولم تكن فى رقبته وقال الشافعي ان علم بذلك السيد فهو الضامن وان لم يعلم بها للسيد كانت فى رقبة العبد واختلفوا هل يرجع الملتقط بما أنفق على اللقطة على صاحبها أم لا فقال الجمهور ملتقط اللقطة متطوع بحفظها فلا يرجع بشيء من ذلك على صاحب اللقطة وقال الكوفيون لا يرجع بما انفق الا أن تكون النفقة على اذن الحاكم وهذه المسئلة هي من أحكام الالتقاط وهذا القدر كاف بحسب غرضنا فى هذا الباب.

﴿ باب فى اللقيط ﴾

والنظر في أحكام الالتقاط وفي الملتقط واللقيط وفي أحكامه وقال الشافعي كل شيء ضائع لا كافر له فالتقاطه من فروض الكفايات وفي وجوب الاشهاد عليه خفية الاسترقاق خلاف والخلاف فيه مبنى على الاختلاف في الاشهاد على

قطة واللقيط هو الصبي الصغير غير البالغ وان كان مميزا فيه في مذهب الشافعي تردد والملتقط هو كل حر عدل رشيد وليس العبد والمكاتب بملتقط الا الكافر ملتقط الكافر دون المسلم لانه لا ولاية له عليه ويلتقط المسلم الكافر وينزع من يد الفاسق والمبذر وليس من شرط الملتقط الغنى ولا تلزم نفقة الملتقط على من التقطه وأن انفق لم يرجع عليه بشيء . وأما أحكامه فانه يحكم له بحكم الاسلام إن التقطه في دار المسلمين ويحكم للطفل بالاسلام بحكم أبيه عند مالك وعند الشافعي بحكم من أسلم منهما وبه قال ابن وهب من أصحاب مالك وقد اختلف في اللقيط فقيل انه عبد لمن التقطه وقيل انه حر وولاؤه لمن التقطه وقيل انه حر وولاؤه للمسلمين وهو مذهب مالك والذى تشهد له الاصول الا ان يثبت في ذلك أثر تخصص به الاصول مثل قوله عليه الصلاة والسلام : تحرز المرأة ثلاثة لقيطها وعتيقها وولدها الذى لاعنت عليه .

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

(وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما)

﴿ كتاب الوديعة ﴾

وجل المسائل المشهورة بين فقهاء الامصار في هذا الكتاب هي في أحكام الوديعة فمنها أنهم اتفقوا على أنها امانة لامضمونة الاما حكى عن عمر بن الخطاب قال الما لكيون والدليل على انها امانة أن الله امر برد الامانات ولم يأمر بالاشهاد فوجب ان يصدق المستودع في دعواه رد الوديعة مع يمينه ان كذبه المودع قالوا الا ان يدفعها اليه ببينة فانه لايكون القول قوله قالوا لانه اذا دفعها اليه ببينة فكانه أئتمنه على حفظها ولم يأتمنه على ردها فيصدق في تلفها ولايصدق على ردها هذا هو المشهور عن مالك وأصحابه وقد قيل عن ابن القاسم ان القول قوله وان دفعها اليه ببينة وبه قال الشافعي وأبو حنيفة وهو القياس لانه فرق بين التلف ودعوى الرد ويبعد ان تنتقض الامانة وهذا فيمن دفع الأمانة الى اليد التى دفعتها اليه . وأما من دفعها الى غير اليد التي دفعتها اليه فعليه ما على ولى اليتيم من الاشهاد عند مالك والا ضمن يريد قول الله عزوجل (فاذا دفعتم اليهم أموالهم فاشهدوا عليهم) فان أنكر القابض القبض فلا يصدق المستودع في الدفع عند مالك وأصحابه إلا

بينة وقد قيل إنه يتخرج من المذهب انه يصدق في ذلك وسواء عند مالك أمر صاحب الوديعة بدفعها الى الذى دفعها أو لم يأمر وقال ابو حنيفة ان كان ادعى دفعها الى من أمره بدفعها فالقول قول المستودع مع يمينه فان اقر المدفوع اليه بالوديعة أعنى اذا كان غير المودع وادعى التلف فلا يخلو ان يكون المستودع دفعها الى امانة وهو وكيل المستودع أو الى ذمة فان كان القابض امينا فاختلف في ذلك قول ابن القاسم فقال مرة يبرأ الدافع بتصديق القابض وتكون المصيبة من الآمر للوكيل بالقبض ومرة قال لا يبرأ الدافع الا بالاقامة البينة على الدفع او يأتى القابض بالمال . وأما ان دفع الى ذمة مثل ان يقول رجل للذى عنده الوديعة ادفعها الى سلفا أوتسلفا في سلعة وأما أشبه ذلك فان كانت الذمة قائمة برىء الدافع في المذهب من غير خلاف وان كانت الذمة خربة فقولان ✩ والسبب في هذا الاختلاف كله أن الأمانة تقوى دعوى المدعى حتى يكون القول قوله مع يمينه فمن شبه امانة الذى امره المودع ان يدفعها اليه أعنى الوكيل بامانة المودع عنده قال يكون القول قوله في دعواه التلف كدعوى المستودع عنده ومن رأى أن تلك الامانة اضعف قال لا يبرأ الدافع بتصديق القابض مع دعوى التلف ومن رأى المأمور بمنزلة الآمر قال القول قول الدافع للمأمور كما كان القول قوله مع الآمر وهو مذهب أبى حنيفة ومن رأى أنه اضعف منه قال والدافع ضامن الا ان يحضر القابض المال واذا أودعها بشرط الضمان فالجمهور على انه لا يضمن وقال الغير يضمن وبالجملة فالفقهاء يرون باجمعهم انه لاضمان على صاحب الوديعة الا ان يتعدى ويختلفون في اشياء هل هي تعد أم ليس بتعد فمن مسائلهم المشهورة فى هذا الباب اذا انفق الوديعة ثم ردمثلها أو أخرجها لنفقته ثم ردها فقال مالك يسقط عنه الضمان بحاله اذا ردها وقال ابو حنيفة ان ردها بعينها قبل ان ينفقها لم يضمن وان ردمثلها ضمن وقال عبد الملك والشافعى يضمن في الوجهين جميعا فمن غلظ الامر ضمنه اياها بتحريكها ونية استنفاقها ومن رخص لم يضمنها اذا أعاد مثلها ومنها اختلافهم في السفر بها فقال مالك ليس له أن يسافر بها الا أن تعطى له في سفر وقال أبو حنيفة له ان يسافر بها اذا كان الطريق آمنا ولم ينهه صاحب الوديعة ومنها أنه ليس للمودع عنده ان يودع الوديعة غيره من غير عذر فان فعل ضمن وقال أبو حنيفة ان أودعها عند من تلزمه نفقته لم يضمن لانه شبهه بأهل بيته وعند مالك ان يستودع ما أودع عند عياله الذين يأمنهم وهم تحت غلقه من زوج أوولد أو امة أو من أشبههم وبالجملة فعند الجميع انه يجب عليه ان يحفظها مما جرت به عادة الناس ان تحفظ أموالهم فما كان بينا من ذلك أنه حفظ اتفق عليه وماكان غير بين انه حفظ اختلف فيه مثل اختلافهم في المذهب فيمن جعل وديعة في جيبه فذهبت والاشهر انه يضمن وعند ابن وهب ان من أودع

وديعة فى المسجد فجعلها على نعله فذهبت انه لاضمان عليه ويختلف في المذهب في ضمانها بالنسيان مثل ان يلبسها في موضع أويلبس من دفعها اليه ويدعيها رجلان فقيل يحلفان وتقسم بينهما وقيل انه يضمن لكل واحد منهم واذا أراد السفر فله عند مالك ان يودعها عند ثقة من أهل البلد ولاضمان عليه قدر على دفعها الى الحاكم أولم يقدر واختلف فى ذلك أصحاب الشافعى فنهم من يقول ان أودعها لغير الحاكم ضمن وقبول الوديعة عند مالك لايجب في حال ومن العلماء من يرى أنه واجب اذا لم يجد المودع من يودعها عنده ولا أجر للمودع عنده على حفظ الوديعة ومايحتاج اليه من مسكن أو نفقة فعلى ربها . واختلفوا من هذا الباب في فرع مشهوروهو فيمن اودع مالا فتعدى فيه وتجربه فربح فيه هل ذلك الربح حلال له أم لا فقال مالك والليث وأبو يوسف وجماعة اذا رد المال طاب له الربح وان كان غاصبا المال فضلا عن ان يكون مستودعا عنده ، وقال أبوحنيفة وزفر ومحمد بن الحسن يؤدى الاصل ويتصدق بالربح ، وقال قوم لرب الوديعة الاصل والربح وقال قوم هو مخير بين الاصل والربح وقال قوم البيع الواقع في تلك التجارة فاسد وهؤلاء هم الذين أوجبوا التصدق بالربح اذا مات فمن اعتبر التصرف قال الربح للمتصرف ومن اعتبر الاصل قال الربح لصاحب المال ولذلك لما أمر عمر رضى الله عنه ابنيه عبد الله وعبيد الله ان يصرفا المال الذى اسلفهما أبو موسى الاشعرى من بيت المال فتجرا فيه فربحا قيل له لوجعلته قراضا فاجاب الى ذلك لانه قد روى انه قد حصل للعامل جزء ولصاحب المال جزء وان ذلك عدل .

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

(وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما)

﴿ كتاب العارية ﴾

والنظر في العارية في أركانها واحكامها وأركانها خمسة . الاعارة . والمعير . والمستعير والمعار . والصيغة . أما الاعارة فهى فعل خير ومندوب اليه وقد شدد فيها قوم من السلف الاول روى عن عبد الله بن عباس وعبد الله بن مسعود انهما قالا في قوله تعالى «ويمنعون الماعون» انه متاع البيت الذى يتعاطاه الناس بينهم من الفاس والدلو والحبل والقدر وماأشبه ذلك . وأما المعير فلايعتبر فيه الا كونه مالكا للعارية أما لرقبتها وأما لمنفعتها والاظهر أنها لاتصح من المستعير أعنى أن يعيرها . وأما العارية فتكون في الدور

والارضين والحيوان وجميع مايعرف بعينه اذا كانت منفعته مباحة الاستعمال ولذلك لايجوز اباحة الجوارى للاستمتاع ويكره للاستخدام الا أن تكون ذا محرم . وأما صيغة الإعارة فهى كل لفظ يدل على الاذن وهي عقد جائز عند الشافعى وأبى حنيفة أى للمعير ان يسترد عاريته اذا شاء وقال مالك في المشهور ليس له استرجاعها قبل الانتفاع وان شرط مدة ما لزمته تلك المدة وان لم يشترط مدة لزمه من المدة ماترى الناس انه مدة لمثل تلك العارية ☆ وسبب الخلاف مايوجد فيها من شبه العقود اللازمة وغير اللازمة . وأما الاحكام فكثيرة وأشهرها هل هي مضمونة أو أمانة فنهم من قال أنها مضمونة وان قامت البينة على تلفها وهو قول أشهب والشافعى وأحد قولى مالك ومنهم من قال نقيض هذا وهو أنها ليست مضمونة أصلا وهو قول أبى حنيفة ومنهم من قال يضمن فيما يغاب عليه اذا لم يكن على التلف بينة ولا يضمن فيما لا يغاب عليه ولا فيما قامت البينة على تلفه وهو مذهب مالك المشهور وابن القاسم واكثر أصحابه ☆ وسبب الخلاف تعارض الآثار في ذلك وذلك أنه ورد في الحديث الثابت أنه قال عليه السلام لصفوان بن أمية بل عارية مضمونة مؤادة وفي بعضها بل عارية مؤادة وروى عنه أنه قال ليس على المستعير ضمان فمن رجح وأخذ بهذا أسقط الضمان عنه ومن أخذ بحديث صفوان بن أمية الزمه الضمان ومن ذهب مذهب الجمع فرق بين ما يغاب عليه وبين ما لا يغاب عليه فحمل هذا الضمان على ما يغاب عليه والحديث الآخر على ما لا يغاب عليه الا أن الحديث الذى فيه ليس على المستعير ضمان غير مشهور وحديث صفوان صحيح ومن لم ير الضمان شبهها بالوديعة ومن فرق قال الوديعة مقبوضة لمنفعة الدافع والعارية لمنفعة القابض . واتفقوا في الاجارة على انها غير مضمونة أعنى الشافعى وأبا حنيفة ومالكا ويلزم الشافعى اذا سلم أنه لا ضمان عليه في الاجارة أن لايكون ضمان في العارية ان سلم ان سبب الضمان هو الانتفاع لانه اذا لم يضمن حيث قبض لمنفعتهما فأحرى ان لايضمن حيث قبض لمنفعته اذ كانت منفعة الدافع مؤثرة في اسقاط الضمان واختلفوا اذا شرط الضمان فقال قوم يضمن وقال قوم لايضمن والشرط باطل ويجىء على قول مالك اذا اشترط الضمان في الموضع الذى لايجب فيه عليه الضمان ان يلزم اجارة المثل في استعماله العارية لان الشرط يخرج العارية عن حكم العارية الى باب الاجارة الفاسدة اذا كان صاحبها لم يرض ان يعيرها الا بأن يخرجها في ضمانه فهو عوض مجهول فيجب ان يرد الى معلوم واختلف عن مالك والشافعى اذا غرس المستعير وبنى ثم انقضت المدة التى استعار اليها . فقال مالك المالك بالخيار ان شاء أخذ

المستعير بقلع غراسته وبنائه وان شاء اعطاه قيمته مقلوعا اذا كان مما له قيمة بعد القلع وسواء عند مالك انقضت المدة المحدودة بالشرط أو بالعرف أو العادة . وقال الشافعي اذا لم يشترط عليه القلع فليس له مطالبته بالقلع بل يخير المعير بان يبقيه باجر يعطيه أو ينقض بارش أو بتمليك ببدل فايهما اراد المعير أجبر عليه المستعير فان أبى كلف تفريغ الملك وفي جواز بيعه للنقص عنده خلاف لانه معرض للنقص فرأى الشافعي ان أخذه المستعير بالقلع دون ارش هو ظلم ورأى مالك ان عليه اخلاء المحل وان العرف يتنزل منزلة الشروط وعند مالك أنه ان استعمل العارية استعمالا ينقصها عن الاستعمال المأذون فيه ضمن ما نقصها بالاستعمال . واختلفوا من هذا الباب في الرجل يسأل جاره أن يعيره جداره ليغرز فيه خشبة لمنفعة ولا تضر صاحب الجدار وبالجملة في كل ما ينتفع به المستعير ولا ضرر على المعير فيه فقال مالك وأبو حنيفة لا يقضى عليه به اذ العارية لا يقضى بها وقال الشافعي وأحمد وأبو ثور وداود وجماعة أهل الحديث يقضى بذلك وحجتهم ما خرجه مالك عن ابن شهاب عن الاعرج عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : لا يمنع أحدكم جاره أن يغرز خشبة في جداره ثم يقول أبو هريرة مالي أراكم عنها معرضين والله لارمين بها بين اكتافكم واحتجوا أيضا بما رواه مالك عن عمر بن الخطاب ان الضحاك بن قيس ساق خليجا من العريض فاراد أن يمر به في أرض محمد بن مسلمة فابى محمد فقال له الضحاك أنت تمنعني وهو لك منفعة تسقي منه أولا وآخرا ولا يضرك فابى محمد فكلم فيه الضحاك عمر بن الخطاب فدعى عمر محمد بن مسلمة فامره أن يخلي سبيله قال محمد لا فقال عمر لا تمنع أخاك ما ينفعه ولا يضرك فقال محمد لا فقال عمر والله ليمرن به ولو على بطنك فامره عمر ان يمر به ففعل الضحاك وكذلك حديث عمرو بن يحيى المازني عن أبيه أنه قال كان في حائط جدي ربيع لعبد الرحمن بن عوف فاراد ان يحوله الى ناحية من الحائط فمنعه صاحب الحائط فكلم عمر بن الخطاب فقضى لعبد الرحمن بن عوف بتحويله وقد عذل الشافعي مالكا لادخاله هذه الاحاديث في موطئه وتركه الاخذ بها وعمدة مالك وأبي حنيفة قوله عليه الصلاة والسلام : لا يحل مال امرىء مسلم الاعن طيب نفس منه وعند الغير ان عموم هذا مخصص بهذه الاحاديث وبخاصة حديث أبي هريرة وعند مالك انها محمولة على الندب وانه اذا أمكن أن تكون مخصصة وان تكون على الندب فحملها على الندب أولى لان بناء العام على الخاص انما يجب اذا لم يمكن بينهما جمع ووقع التعارض وروى اصبغ عن ابن القاسم انه لا يؤخذ بقضاء عمر على محمد بن مسلمة في الخليج ويؤخذ بقضائه لعبد الرحمن بن عوف في تحويل الربيع وذلك

انه رأى ان تحويل الربيع أيسر من ان يمر عليه بطريق لم يكن قبل وهذا القدر كاف بحسب غرضنا .

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

(وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما)

﴿ كتاب الغصب ﴾

وفيه بابان ، الاول في الضمان وفيه ثلاثة أركان ، الاول الموجب للضمان ، والثاني مافيه الضمان والثالث الواجب ، وأما الباب الثاني فهو في الطوارئ على المغصوب

(الباب الاول)

﴿ الركن الاول ﴾

وأما الموجب للضمان فهو اما المباشرة لاخذ المال المغصوب أولاتلافه وأما المباشرة لسبب المتلف وأما اثبات اليد عليه . واختلفوا في السبب الذي يحصل بمباشرته الضمان اذا تناول التلف بواسطة سبب آخر هل يحصل به ضمان أم لا وذلك مثل ان يفتح قفصا فيه طائر فيطير بعد الفتح فقال مالك يضمنه هاجه على الطيران أولم يهجه وقال أبو حنيفة لايضمن على حال وفرق الشافعي بين ان يهيجه على الطيران أولا يهيجه فقال يضمن ان هاجه ولايضمن ان لم يهجه ومن هذا من حفر بئراً فسقط فيه شيء فهلك فمالك والشافعي يقولان ان حفره بحيث ان يكون حفره تعديا ضمن ماتلف فيه والالم يضمن ويجيء على اصل أبي حنيفة انه لايضمن مسئلة الطائر وهل يشترط في المباشرة العمد اولا يشترط فالاشهر أن الاموال تضمن عمداً وخطأ وان كانوا قد اختلفوا في مسائل جزئية من هذا الباب وهل يشترط فيه ان يكون مختاراً فالمعلوم عن الشافعي انه يشترط ان يكون مختاراً ولذلك رأى على المكره الضمان أعني المكره على الاتلاف .

(الركن الثاني)

وأما مايجب فيه الضمان فهو كل مال أتلفت عينه أوتلفت عند الغاصب عينه بامر

من السماء أو سلطت اليد عليه وتملك وذلك فيما ينقل ويحول باتفاق . واختلفوا فيما لاينقل ولا يحول مثل العقار فقال الجمهور انها تضمن بالغصب اعنى انها أن انهدمت الدار ضمن قيمتها وقال ابو حنيفة لايضمن * وسبب اختلافهم هل كون يد الغاصب على العقار مثل كون يده على ماينقل ويحول فمن جعل حكم ذلك واحدا قال بالضمان ومن لم يجعل حكم ذلك واحدا قال لاضمان .

(الركن الثالث)

وهو الواجب في الغصب والواجب على الغاصب ان كان المال قائما عنده بعينه لم تدخله زيادة ولانقصان أن يرده بعينه وهذا لاخلاف فيه فاذا ذهبت عينه فانهم اتفقوا على أنه اذا كان مكيلا أو موزونا أن على الغاصب المثل اعنى مثل مااستهلك صفة ووزنا واختلفوا في العروض فقال مالك لايقضى في العروض من الحيوان وغيره الا بالقيمة يوم استهلك وقال الشافعى وأبو حنيفة وداود الواجب في ذلك المثل ولاتلزم القيمة الاعند عدم المثل وعمدة مالك حديث أبى هريرة المشهور عن النبى صلى الله عليه وسلم : من اعتق شقصا له في عبد قوم عليه الباقى قيمة العدل الحديث ووجه الدليل منه أنه لم يلزمه المثل وألزمه القيمة وعمدة الطائفة الثانية قوله تعالى « فجزاء مثل ماقتل من النعم » ولان منفعة الشيء قد تكون هى المقصودة عند المتعدى عليه ومن الحجة لهم ماخرجه ابو داود من حديث انس وغيره ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان عند بعض نسائه فأرسلت إحدى امهات المؤمنين جارية بقصعة لها فيها طعام قال فضربت بيدها فكسرت القصعة فأخذ النبي صلى الله عليه وسلم الكسرتين فضم احداها الى الاخرى وجعل فيها جميع الطعام ويقول غارت امكم كلوا كلوا حتى جاءت قصعتها التى في بيتها وحبس رسول الله صلى الله عليه وسلم القصعة حتى فرغوا فدفع الصحفة الصحيحة الى الرسول وحبس المكسورة فى بيته وفي حديث آخر أن عائشة كانت هي التى غارت وكسرت الاناء وأنها قالت لرسول الله صلى الله عليه وسلم ما كفارة ماصنعت قال اناء مثل اناء وطعام مثل طعام .

(الباب الثانى في الطوارىء)

والطوارىء على المغصوب إما زيادة وإما بنقصان وهذان إما من قبل المخلوق وإما من قبل الخالق . فأما النقصان الذى يكون بامر من السماء فانه ليس له الا ان يأخذه ناقصاً ويضمنه قيمته يوم الغصب وقيل ان له ان يأخذ ويضمن الغاصب قيمة

العيب . واما ان كان النقص بجناية الغاصب فالمغصوب مخير في المذهب بين ان يضمنه القيمة يوم الغصب او يأخذه وما نقصته الجناية يوم الجناية عند ابن القاسم وعند سحنون مانقصته الجناية يوم الغصب وذهب اشهب الى انه مخير بين ان يضمنه القيمة أو يأخذه ناقصا ولا شيء له في الجناية كالذى يصاب بامر من السماء واليه ذهب ابن المواز * والسبب في هذا الاختلاف ان من جعل المغصوب مضمونا على الغاصب بالقيمة يوم الغصب جعل ماحدث فيه من نماء او نقصان كانه حدث في ملك صحيح فاوجب له الغلة ولم يوجب عليه في النقصان شيئا سواء كان من سببه أو من عند الله وهو قياس قول أبي حنيفة وبالجملة فقياس قول من يضمنه قيمته يوم الغصب فقط ومن جعل المغصوب مضمونا على الغاصب بقيمته في كل أوان كانت يده عليه أخذه بارفع القيم واوجب عليه رد الغلة وضمان النقصان سواء كان من فعله او من عند الله وهو قول الشافعي او قياس قوله ومن فرق بين الجناية التى تكون من الغاصب وبين الجناية التى تكون بامر من السماء وهو مشهور مذهب مالك وابن القاسم فعمدته قياس الشبه لانه رأى أن جناية الغاصب على الشيء الذى غصبه هو غصب ثان متكرر منه كما لو جنى عليه وهو في ملك صاحبه فهذا هو نكتة الاختلاف في هذا الباب فقف عليه . وأما ان كان الجناية عند الغاصب من غير فعل الغاصب فالمغصوب مخير بين أن يضمن الغاصب القيمة يوم الغصب ويتبع الغاصب الجاني وبين أن يترك الغاصب ويتبع الجاني بحكم الجنايات فهذا حكم الجنايات على العين في يد الغاصب . وأما الجناية على العين من غير أن يغصبها غاصب فانها تنقسم عند مالك الى قسمين جناية تبطل يسيراً من المنفعة والمقصود من الشيء باق فهذا يجب فيه ما نقص يوم الجناية وذلك بان يقوم صحيحا ويقوم بالجناية فيعطى مابين القيمتين . وأما ان كانت الجناية مما تبطل الغرض المقصود فان صاحبه يكون مخيرا ان شاء أسلمه للجاني واخذ قيمته وان شاء أخذ قيمة الجناية وقال الشافعي وابو حنيفة ليس له الا قيمة الجناية * وسبب الاختلاف الالتفات الى الحمل على الغاصب وتشبيه اتلاف أكثر المنفعة باتلاف العين . وأما النماء فانه على قسمين ، أحدهما ان يكون بفعل الله كالصغير يكبر والمهزول يسمن والعيب يذهب ، والثاني ان يكون مما أحدثه الغاصب . فاما الاول فانه ليس بفوت . وأما النماء بما احدثه الغاصب في الشيء المغصوب فانه ينقسم فيما رواه ابن القاسم عن مالك الى قسمين احدهما ان يكون قد جعل فيه من ماله ماله عين قائمة كالصبغ في الثوب والنقش في البناء وما اشبه ذلك ، والثاني أن لا يكون قد جعل فيه من ماله سوى العمل كالخياطة والنسج وطحن الحنطة والخشبة يعمل منها توابيت فاما الوجه الاول وهو أن يجعل

فيه من ماله ماله عين قائمة فانه ينقسم الى قسمين ، احدهما أن يكون ذلك الشيء مما يمكنه اعادته على حاله كالبقعة يبنيها وما أشبه ذلك ، والثانى أن لايقدر على اعادته كالثوب يصبغه والسويق يلته فاما الوجه الاول فالمغصوب منه مخير بين أن يامر الغاصب باعادة البقعة على حالها وازالة ماله فيها مما جعله من نقض أو غيره وبين أن يعطى الغاصب قيمة ماله فيها من النقض مقلوعا بعد حط اجر القلع وهذا اذا كان الغاصب ممن لا يتولى ذلك بنفسه ولا بغيره وانما يستأجر عليه وقيل أنه لا يحط من ذلك أجر القلع هذا ان كانت له قيمة . واما ان لم تكن له قيمة لم يكن للغاصب على المغصوب فيه شيء لان من حق المغصوب أن يعيد له الغاصب ما غصب منه على هيئته بان لم يطالبه بذلك لم يكن له مقال . وأما الوجه الثانى فهو فيه مخير بين أن فدفع قيمة الصبغ وما أشبه ويأخذ ثوبه وبين أن يضمنه قيمة الثوب يوم غصبه إلا في السويق الذى يلته في السمن وما أشبه ذلك من الطعام فلا يخير فيه لما يدخله من الربا ويكون ذلك فوتا يلزم الغاصب فيه المثل أو القيمة فيما لا مثل له . وأما الوجه الثانى من التقسيم الاول وهو أن لا يكون أحدث الغاصب فيما أحدثه في الشيء المغصوب سوى العمل فان ذلك أيضا ينقسم قسمين . أحدهما أن يكون ذلك يسيراً لا ينتقل به الشيء عن اسمه بمنزلة الخياطة في الثوب أو الرفوله ، والثانى أن يكون العمل كثيرا ينتقل به الشيء المغصوب عن اسمه كالخشبة يعمل منها تابوتا والقمح يطحنه والغزل ينسجه والفضة يصوغها حلياً أو دراهم . فاما الوجه الاول فلا حق فيه للغاصب ويأخذ المغصوب منه الشيء المغصوب معمولا ، وأما الوجه الثانى فهو فوت يلزم الغاصب قيمة الشيء المغصوب يوم غصبه أو مثله فى ماله مثل هذا تفصيل مذهب ابن القاسم في هذا المعنى وأشهب يحمل ذلك كله للمغصوب اصله مسئلة البليان فيقول انه لاحق للغاصب فيما لا يقدر على اخذه من الصبغ والرفو والنسج والدباغ والطحين وقد روى عن ابن عباس أن الصبغ تفويت يلزم الغاصب فيه القيمة يوم الغصب وقد قيل انهما يكونان شريكين هذا بقيمة الصبغ وهذا بقيمة الثوب ان ابى رب الثوب أن يدفع قيمة الصبغ وان أبى الغاصب ان يدفع قيمة الثوب وهذا القول أنكره ابن القاسم في المدونة في كتاب اللقطة وقال ان الشركة لاتكون الا فيما كان بوجه شبهة جلية وقول الشافعى في الصبغ مثل قول ابن القاسم الا أنه يجيز الشركة بينهما ويقول انه يؤمر الغاصب بقلع الصبغ ان أمكنه وان نقص الثوب ويضمن للمغصوب مقدار النقصان وأصول الشرع تقتضى أن لا يستحل مال الغاصب من أجل غصبه وسواء كان منفعة أو عيناً الا أن يحتج محتج بقوله عليه الصلاة

والسلام. ليس العرق ظالم حق لكن هذا مجمل ومفهومه الاول انه ليس له منفعة متولدة بين ماله وبين الشيء الذي غصبه أعني ماله المتعلق بالمغصوب فهذا هو حكم الواجب في عين المغصوب تغير أولم يتغير. وأما حكم غلته فاختلف في ذلك في المذهب على قولين: أحدهما ان حكم الغلة حكم الشيء المغصوب، والثاني ان حكمها بخلاف الشيء المغصوب فمن ذهب الى أن حكمها حكم الشيء المغصوب وبه قال أشهب من أصحاب مالك يقول انما تلزمه الغلة يوم قبضها أو أكثر مما انتهت اليه قيمتها على قول من يرى ان الغاصب يلزمه ارفع القيم من يوم غصبها لاقيمة الشيء المغصوب يوم الغصب وأما الذين ذهبوا الى ان حكم الغلة بخلاف حكم الشيء المغصوب فاختلفوا في حكمها اختلافا كثيرا بعد اتفاقهم على أنها إن تلفت ببينة أنه لاضمان على الغاصب وأنه ان ادعى تلفها لم يصدق وان كان مما لايغاب عليه وتحصيل مذهب هؤلاء في حكم الغلة هو أن الغلال تنقسم الى ثلاثة أقسام. أحدها غلة متولدة عن الشيء المغصوب على نوعه وخلقته وهو الولد. وغلة متولدة عن الشيء لاعلى صورته وهو مثل الثمر ولبن الماشية وجبنها وصوفها. وغلل غير متولدة بل هي منافع وهي الاكرية والخراجات وما اشبه ذلك

فأما ماكان على خلقته وصورته فلا خلاف أعلمه ان الغاصب يرده كالولد مع الام المغصوبة وان كان ولد الغاصب وانما اختلفوا في ذلك اذا ماتت الام فقال هو مخير بين الولد وقيمة الام وقال الشافعي بل يرد الولد وقيمة الام وهو القياس وأما ان كان متولدا على غير خلقة الاصل وصورته ففيه قولان. أحدهما أن للغاصب ذلك المتولد. والثاني انه يلزمه رده مع الشيء المغصوب ان كان قائما أو قيمتها ان ادعى تلفها ولم يعرف ذلك الا من قوله فان تلف الشيء المغصوب كان مخيرا بين ان يضمنه بقيمته ولا شيء له في الغلة وبين ان يأخذه بالغلة ولا شيء له من القيمة. وأماما كان غير متولد فاختلفوا فيه على خمسة وقوال. أحدها أنه لايلزمه رده جملة من غير تفصيل، والثاني أنه يلزمه رده من غير تفصيل ايضا، والثالث انه يلزمه الرد إن ان اكرى ولايلزمه الرد ان انتفع أوعطل والرابع يلزمه ان اكرى او انتفع ولايلزمه ان عطل، والخامس الفرق بين الحيوان والاصول اعني انه يرد قيمة منافع الاصول ولايرد قيمة منافع الحيوان وهذا كله فيما اغتل من العين المغصوبة مع عينها وقيامها وأما مااغتل منها بتصريفها وتحويل عينها كالدنانير فيغتصبها فيتجربها فيربح فالغلة له قولا واحداً في المذهب وقال قوم الربح للمغصوب وهذا أيضا اذا قصد غصب الاصل. وأما اذا قصد غصب الغلة دون الاصل فهو ضامن للغلة باطلاق ولا خلاف في ذلك سواء عطل أوانتفع اوا كرى كان ممايزال به أو بما لايزال به وقال ابوحنيفة انه من تعدى على دابة رجل فركبها اواحمل عليها فلا كراء

عليه في ركوبه اياها ولا في حمله لانه ضامن لهـا ان تلفت في تعديه وهذا قوله في كل ما ينقل و يحول فانه لما رأى انه قد ضمنه بالتعدى وصار في ذمته جازت له المنفعة كما تقول المالـكية فيما تجربه من المال المغصوب وان كان الفرق بينهما ان الذى تجر به تحولت عينه وهذا لم تتحول عينه ☆ وسبب اختلافهم في هل يرد الغاصب الغلة اولا يردها اختلافهم في تعميم قوله عليه الصلاة والسلام : الخراج بالضمان وقوله عليه الصلاة والسلام : ليس لعرق ظالم حق وذلك ان قوله عليه الصلاة والسـلام هذا خرج على سبب وهو في غلام قيم فيه بعيب فأراد الذى صرف عليه ان يرد المشترى غلته واذا خرج العام على سبب هل يقصر على سببه أم يحمل على عمومه فيه خلافه بين فقهاء الامصار مشهور فمن قصر ههنا هذا الحكم على سببه قال انمـا تجب الغلة من قبل الضمان فيما صار الى الانسان بشبهة مثـل ان يشترى شيئاً فيستغله فيستحق منه : وأما ما صار اليه بغير وجه شبهة فلا تجوز له الغلة لانه ظالم وليس لعرق ظالم حق فممم هذا الحديث في الاصل والغلة أعنى عموم هذا الحديث وخصص الثانى . وأما من عكس الامر فممم قوله عليه الصلاة والسلام : الخراج بالضمان على أكثر من السبب الذى خرج عليه وخصص قوله عليه الصلاة والسلام : ليس لعرق ظالم حق فان جعل ذلك في الرقبة دون الغلة قال لا يرد الغلة الغاصب واما من المعنى كما تقدم من قولنا فالقياس أن تجرى المنافع والاعيان المتولدة مجرى واحـد وان يشبر التضمين أولا يعتـبر وأما سائر الاقاويل التى بين هذين فهى استحسان . وأجمع العلماء على ان من اغترس نخلا أو ثمرا وبالجملة نباتا في غير أرضه انه يؤمر بالقلع لما ثبت من حديث مالك عن هشام بن عروة عن أبيه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : من أحيا أرضا ميتة فهى له وليس لعرق ظالم حق والعرق الظالم عندهم هو ما اغترس الى أرض الغير وروى أبو داود في هذا الحديث زيادة قال عروة ولقد حدثنى الذى حدثنى هذا الحديث ان رجلين اختصما الى رسول الله صلى الله عليه وسلم غرس أحدهما نخلا في أرض الآخر فقضى لصاحب الارض بأرضه وأمر صاحب النخل أن يخرج نخله منها قال فلقـد رأيتها وانهـا لتضرب أصولها بالفؤوس وانها لنخل عم حتى أخرجت منها الا ماروى في المشـهور عن مالك ان من زرع زرعا في أرض غيره وفات أو ان زراعته لم يكن لصاحب الأرض أن يقلع زرعه وكان على الزارع كراء الارض وقد روى عنه مايشبه قياس قول الجمهور وعلى قوله ان كل مالا ينتفع الغاصب به اذا قلعه وأزاله أنه للمغصوب يكون الزرع على هـذا للزارع وفرق قوم بين الزرع والثمار فقالوا الزارع في أرض غيره له نفقته وزريعته وهو قول كثير من أهل المدينة وبه قال أبو عبيد وروى عن رافع بن خديج انه

قال عليه الصلاة والسلام : من زرع في أرض قوم بغير أذنهم فله نفقته وليس له من الزرع شيء . واختلف العلماء في القضاء فيما أفسدته المواشي والدواب على أربعة أقوال ، أحدها أن كل دابة مرسلة فصاحبها ضامن لما أفسدته ، والثاني أن لاضمان عليه والثالث أن الضمان على أرباب البهائم بالليل ولا ضمان عليهم فيما أفسدته بالنهار ، والرابع وجوب الضمان في غير المنفلت ولا ضمان في المنفلت . وممن قال يضمن بالليل ولا يضمن بالنهار مالك والشافعي وبأن لا ضمان عليهم أصلا قال أبو حنيفة وأصحابه وبالضمان باطلاق قال الليث الا أن الليث قال لا يضمن أكثر من قيمة الماشية والقول الرابع مروى عن عمر رضي الله عنه فعمدة مالك والشافعي في هذا الباب شيئان . أحدهما قوله تعالى (وداود وسليمان اذ يحكمان فى الحرث اذ نفشت فيه غنم القوم) والنفش عند أهل اللغة لا يكون الا بالليل وهذا الاحتجاج على مذهب من يرى أنا مخاطبون بشرع من قبلنا ، والثانى مرسله عن ابن شهاب أن ناقة للبراء بن عازب دخلت حائط قوم فافسدت فيه فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن على أهل الحوائط بالنهار حفظها وان ما أفسدته المواشي بالليل ضامن على أهلها أى مضمون وعمدة أبى حنيفة قوله عليه الصلاة والسلام : العجماء جرحها جبار وقال الطحاوى وتحقيق مذهب أبى حنيفة أنه لا يضمن اذا ارسلها محفوظة . فاما اذا لم يرسلها محفوظة فيضمن والمالكية تقول من شرط قولنا أن تكون الغنم في المسرح . وأما اذا كانت في أرض مزروعة لا مسرح فيها فهم يضمنون ليلا ونهارا وعمدة من رأى الضمان فيما أفسدت ليلا ونهارا شهادة الاصول له وذلك أنه تعد من المرسل والاصول على أن على المتعدى الضمان ووجه من فرق بين المنفلت وغير المنفلت بين فان المنفلت لا يملك ☆ فسبب الخلاف في هذا الباب معارضة الاصل للسمع ومعارضة السماع بعضه لبعض أعنى ان الاصل يعارض جرح العجماء جبار ويعارض أيضا التفرقة التى في حديث البراء وكذلك التفرقة التى في حديث البراء تعارض أيضا قوله جرح العجماء جبار . ومن مسائل هذا الباب المشهورة اختلافهم في حكم ما يصاب من أعضاء الحيوان فروى عن عمر بن الخطاب أنه قضى فى عين الدابة بربع ثمنها وكتب الى شريح فامره بذلك وبه قال الكوفيون وقضى به عمر بن عبد العزيز وقال الشافعي ومالك يلزم فيها أصيب من البهيمة ما نقص في ثمنها قياسا على التعدى فى الاموال والكوفيون اعتمدوا في ذلك على قول عمر رضى الله عنه وقالوا اذا قال الصاحب قولا ولا مخالف له من الصحابة وقوله مع هذا مخالف للقياس وجب العمل به لانه يعلم أنه انما صار الى القول به من جهة التوقيف☆

فسبب الخلاف اذاً معارضة القياس لقول الصاحب .ومن هذاالباب اختلافهم في الجمل الصؤول وما أشبهه يخاف الرجل على نفسه فيقتله هل يجب عليه غرمه أم لا فقال مالك والشافعي لا غرم عليه اذا بان أنه خافه على نفسه وقال أبو حنيفة والثورى يضمن قيمته على كل حال وعمدة من لم ير الضمان القياس على من قصد رجلا فاراد قتله فدافع المقصود عن نفسه فقتل في المدافعة القاصد المتعدى أنه ليس عليه قودواذا كان ذلك في النفس كان في المال أحرى لان النفس أعظم حرمة من المال وقياسا أيضا على إهداردم الصيد الحرمى اذا صال وبه تمسك حذاق أصحاب الشافعي وعمدة أبى حنيفة ان الاموال تضمن بالضرورة اليها أصله المضطر الى طعام الغير ولا حرمة للبعير من جهة ما هو ذونفس . ومن هذاالباب اختلافهم في المكرهة على الزنا هل على مكرهها مع الحد صداق أم لا فقال مالك والشافعي والليث عليه الصداق والحد جميعا وقال أبو حنيفة والثورى عليه الحد ولا صداق عليه وهو قول ابن شبرمة وعمدة مالك أنه وجب عليه حقان حق لله وحق للآدمي فلم يسقط أحدهما الآخر أصله السرقة التى يجب بها عندهم غرم المال والقطع ، وأما من لم يوجب الصداق فتعلق في ذلك بمعنيين ، أحدهما أنه اذااجتمع حقان حق لله وحق للمخلوق سقط حق المخلوق لحق الله وهذا على رأى الكوفيين في أنه لا يجمع على السارق غرم وقطع ، والمعنى الثانى أن الصداق ليس مقابل البضع وانما هو عبادة اذ كان النكاح شرعيا واذا كان ذلك كذلك فلا صداق في النكاح الذى على غير الشرع . ومن مسائلهم المشهورة في هذا الباب من غصب اسطوانة فبنى عليها بناء يساوى قائما أضعاف قيمة الاسطوانة فقال مالك والشافعي يحكم على الغاصب بالهدم ويأخذ المغصوب منه اسطوانته وقال أبو حنيفة تفوت بالقيمة كقول مالك فيمن غير المغصوب بصناعة لها قيمة كثيرة وعند الشافعي لا يفوت المغصوب بشيء من الزيادة وههنا انقضى هذا الكتاب .

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

(وصلي الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما)

(كتاب الاستحقاق)

وجل النظر في هذا الكتاب هو في أحكام الاستحقاق وتحصيل أصول أحكام هذا الكتاب. ان الشي المستحق من يد انسان بما تثبت به الاشياء في الشرع لمستحقها اذا صار الى ذلك الانسان الذى استحق من يده الشيء المستحق بشراء أنه لايخلو من أن يستحق من ذلك الشيء أقله أو كله أو جله ثم اذا استحق منه كله أو جله فلا يخلو أن يكون قد تغير عند الذى هو بيده بزيادة أو نقصان أو يكون لم يتغير ثم لا يخلو أيضا أن يكون المستحق منه قد اشتراه بثمن أو مثمون فاما ان كان استحق منه أقله فانه انما يرجع عند مالك على الذى اشتراه منه بقيمة ما استحق من يده وليس له أن يرجع بالجميع . واما ان استحق كله أو جله فان كان لم يتغير أخذه المستحق ورجع المستحق من يده على الذى اشتراه منه بثمن مااشتراه منه ان كان اشتراه بثمن وان كان اشتراه بالمثمون رجع بالمثمون بعينه ان كان لم يتغير فان تغير تغيراً يوجب اختلاف قيمته رجع بقيمته يوم الشراء وان كان المال المستحق قد بيع فان للمستحق ان يمضى البيع ويأخذ الثمن أو ياخذه بعينه فهذا حكم المستحق. والمستحق من يده مالم يتغير الشيء المستحق فان تغير الشيء المستحق فلا يخلو ان يتغير بزيادة أو نقصان فاما ان كان تغير بزيادة فلا يخلو ان يتغير بزيادة من قبل الذى استحق من يده الشيء . أو بزيادة من ذات الشيء . فاما الزيادة من ذات الشيء فياخذها المستحق مثل ان تسمن الجارية او يكبر الغلام . وأما الزيادة من قبل المستحق منه فمثل أن يشترى الدار فيبنى فيها فتستحق من يده فانه مخير بين أن يدفع قيمة الزيادة وياخذ مااستحقه وبين أن يدفع اليه المستحق من يده قيمة مااستحق أو يكونا شريكين هذا بقدر قيمة مااستحق من يده وهذا بقدر قيمة مابنى أو ماغرس. وهو قضاء عمر بن الخطاب . واما ان كانت الزيادة ولادة من قبل المستحق منه مثل ان يشترى أمة فيولدها ثم تستحق منه أو يزوجها على أنها حرة فتخرج أمة فانهم اتفقوا على أن المستحق ليس له أن ياخذ أعيان الولد . واختلفوا في أخذ قيمتهم . وأما الام فقيل ياخذها بعينها وقيل ياخذ قيمتها . وأما ان كان الولد بنكاح فاستحقت بعبودية فلا خلاف أن لسيدها أن ياخذها ويرجع الزوج بالصداق على من غره واذا

ألزمناه قيمة الولد لم يرجع بذلك على من غره لان الغرور لم يتعلق بالولد . وأما غلة الشيء المستحق فانه اذا كان ضامناً بشبهة ملك فلا خلاف أن الغلة للمستحق منه وأعني بالضمان انها تكون من خسارته اذا هلكت عنده . وأما اذا كان غير ضامن مثل ان يكون وارثا فيطرأ عليه وارث آخر فيستحق بعض مافي يده فانه يرد الغلة . وأما ان كان غير ضامن الا انه ادعى في ذلك ثمنا مثل العبد يستحق بحرية فانه وان هلك عنده رجع بالثمن ففيه قولان انه لايضمن اذا لم يجد على من يرجع ويضمن اذا وجد على من يرجع . واما من أى وقت تصح الغلة للمستحق فقيل يوم الحكم وقيل من يوم ثبوت الحق وقيل من يوم توقيفه واذا قلنا ان الغلة تجب للمستحق في احد هذه الاوقات الثلاثة فاذا كانت اصولا فيها ثمر فادرك هذا الوقت الثمر ولم يقطف بعده فقيل انها للمستحق مالم تقطف وقيل مالم تيبس وقيل مالم يطب ويرجع عليه بما سقى وعالج المستحق من يديه وهذا ان كان اشترى الاصول قبل الابار .واما ان كان اشتراها بعد الابار فالثمرة للمستحق عند ابن القاسم ان جذت ويرجع بالسقي والعلاج وقال أشهب هي للمستحق مالم تجذ والارض اذا استحقت فالكراء انما هو للمستحق ان وقع الاستحقاق في إبان زريعة الارض . وأما اذا خرج الابان فقد وجب كراء الارض للمستحق منه . واما ان كان تغير بنقصان فان كان من غير سبب المستحق من يديه فلا شيء على المستحق من يديه . وأما ان كان أخذ له ثمنا مثل ان يهدم الدار فيبيع نقضها ثم يستحقها من يده رجل آخر فانه يرجع عليه بثمن ماباع من النقض قال القاضي ولم أجد في هذا الباب خلافا يعتمد عليه فيما نقلته فيه من مذهب مالك واصحابه وهي أصولهم في هذا الباب ولكن يجيء على أصول الغير انه اذا كان المستحق مشترى بعرض وكان العرض قد ذهب ان يرجع المستحق من يده بعرض مثله لا بقيمته اوهم الذين يرون في جميع المتلفات المثل وكذلك يجيء على أصول الغير أن يرجع على المشترى اذا استحق منه قليل أو كثير لانه لم يدخل على الباقي ولا انعقد عليه بيع ولا وقع به تراض : كمل كتاب الاستحقاق بحمد الله .

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

﴿ وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما ﴾

كتاب الهبات

والنظر في الهبة في اركانها . وفي شروطها . وفي أنواعها. وفي أحكامها. ونحن فانما

نذكر من هذه الاجناس مافيها من المسائل المشهورة (فنقول) أماالاركان فهى ثلاثة الواهب . والموهوب له . والهبة . أما الواهب فانهم اتفقوا على انه تجوز هبته اذا كان مالكا للموهوب صحيح الملك وذلك اذا كان في حال الصحة وحال اطلاق اليد واختلفوا في حال المرض وفى حال السفه والفلس . اما المريض فقال الجمهور انها في ثلثه تشبيها بالوصية أعنى الهبة التامة بشروطها وقالت طائفة من السلف وجماعة أهل الظاهر ان هبته تخرج من رأس ماله اذا مات ولا خلاف بينهم أنه اذا صح من مرضه أن الهبة صحيحة وعمدة الجمهور حديث عمران بن حصين عن النبى عليه الصلاة والسلام : في الذى أعتق ستة أعبد عند موته فامره رسول الله صلى الله عليه وسلم فأعتق ثلثهم وارق الباقى وعمدة أهل الظاهر استصحاب الحال أعنى حال الاجماع وذلك أنهم لما اتفقوا على جواز هبته فى الصحة وجب استصحاب حكم الاجماع فى المرض الا أن يدل دليل من كتاب أو سنة بينة والحديث عندهم محمول على الوصية والامراض التى يحجر فيها عند الجمهور هي الامراض المخوفة وكذلك عند مالك الحالات المخوفة مثل الكون بين الصفين وقرب الحامل من الوضع وراكب البحر المرتج وفيه خلاف . وأما الامراض المزمنة فليس عندهم فيها تحجير وقد تقدم هذا في كتاب الحجر . وأما السفهاء والمفلسون فلا خلاف عند من يقول بالحجر عليهم ان هبتهم غير ماضية . وأما الموهوب فكل شيء صح ملكه واتفقوا على أن للانسان ان يهب جميع ماله للاجنبي واختلفوا في تفضيل الرجل بعض ولده على بعض في الهبة أو في هبة جميع ماله لبعضهم دون بعض فقال جمهور فقهاء الامصار بكراهية ذلك له ولكن اذا وقع عندهم جاز وقال أهل الظاهر لا يجوز التفضيل فضلا عن أن يهب بعضهم جميع ماله وقال مالك يجوز التفضيل ولا يجوز أن يهب بعضهم جميع المال دون بعض ودليل أهل الظاهر حديث النعمان بن بشير وهو متفق على صحته وان كان قد اختلف في ألفاظه والحديث أنه قال ان أباه بشيراً أتى به الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال انى نحلت ابنى هذا غلاما كان لى فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أكل ولدك نحلته مثل هذا قال لا قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : فارتجعه . واتفق مالك والبخارى ومسلم على هذا اللفظ قالوا والارتجاع يقتضى بطلان الهبة وفي بعض ألفاظ روايات هذا الحديث أنه قال عليه الصلاة والسلام : هذا جور وعمدة الجمهور أن الاجماع منعقد على أن للرجل ان يهب في صحته جميع ماله للاجانب دون أولاده فاذا كان ذلك للاجنبى فهو للولد أحرى واحتجوا بحديث أبى بكر المشهور انه كان نحل عائشة جذاذ عشرين وسقاً من مال الغابة فلما حضرته الوفاة قال والله يابنية مامن الناس أحد أحب الى

غنى بعدى منك ولا اعز على فقراً بعدى منك وانى كنت نحلتك جذاذ عشرين وسقا فلو كنت جذذتيه واحتزتيه كان لك وانما هو اليوم مال وارث قالوا وذلك الحديث المراد به الندب والدليل وعلى ذلك أن في بعض رواياته ألست تريد ان يكونوا لك في البر واللطف سواء قال نعم قال فاشهدعلى هذا غيرى . واما مالك فانه رأى أن النهى عن ان يهب الرجل جميع ماله لواحد من ولده هو احرى ان يحمل على الوجوب فاوجب عنده مفهوم هذا الحديث النهى عن يخص الرجل بعض أولاده بجميع ماله فسبب الخلاف فى هذه المسئلةمعارضةالقياس للفظ النهى الوارد وذلك أن النهى يقتضى عند الا كثر بصيغته التحريم كما يقتضى الامرالوجوب فمن ذهب الى الجمع بين السماع والقياس حمل الحديث على الندب أو خصصه في بعض ان الصور كما فعل مالك ولا خلاف عند القائلين بالقياس أنه يجوز تخصيص عموم السنة بالقياس وكذلك العدول بها عن ظاهرها أعنى أن يعدل بلفظ النهى عن عموم الحظر الى مفهوم الكراهية وأما اهل الظاهر فلما لم يجز عندهم القياس في الشرع اعتمدوا ظاهر الحديث وقالوا بتحريم التفضيل في الهبة . واختلفوا من هذا الباب في جواز هبة المشاع غير المقسوم فقال مالك والشافعى وأحمد وأبو ثور تصح وقال أبو حنيفة لا تصح وعمدة الجماعة أن القبض فيها يصح كالقبض في البيع وعمدة أبى حنيفة أن القبض فيها لا يصح الا مفردة كالرهن ولا خلاف في المذهب في جواز هبة المجهول والمعدوم المتوقع الوجود وبالجملة كل ما لا يصلح بيعه في الشرع من جهة الغرر وقال الشافعى ما جاز بيعه جازت هبته كالدين وما لم يجز بيعه لم تجز هبته وكل ما لا يصح قبضه عند الشافعى لا تصح هبته كالدين والرهن . وأما الهبة فلا بد من الايجاب فيها والقبول عند الجميع ومن شرط الموهوب له أن يكون ممن يصح قبوله وقبضه . وأما الشروط فشهرها القبض أعنى أن العلماء اختلفوا هل القبض شرط في صحة العقد أم لا فاتفق الثورى والشافعى وأبو حنيفة ان من شرط صحة الهبة القبض وانه اذا لم يقبض لم يلزم الواهب وقال مالك ينعقد بالقول ويجبر على القبض كالبيع سواء فان تأنى الموهوب له عن طلب القبض حتى افلس الواهب أو مرض بطلت الهبة وله اذا باع تفصيل ان علم فتوانى لم يكن له الا الثمن وان قام في الفور كان له الموهوب فالك القبض عنده في الهبة من شروط التمام لامن شروط الصحة وهو عند الشافعى وابى حنيفة من شروط الصحة وقال أحمد وأبو ثور تصح الهبة بالعقد وليس القبض من شروطها اصلا لامن شرط تمام ولا من شرط صحه وهو قول أهل الظاهر وقد روى عن أحمد بن حنبل ان القبض من شروطها في المكيل والموزون

فعمدة من لم يشترط القبض فى الهبة تشبيها بالبيع وأن الاصل في العقود أن لاقبض مشترط في صحتها حتى يقوم الدليل على اشتراط القبض وعمدة من اشترط القبض ان ذلك مروى عن ابى بكر رضي الله عنه فى حديث هبته لعائشة المتقدم وهو نص في اشتراط القبض في صحة الهبة ومارووى مالك عن عمر أيضا أنه قال مابال رجال ينحلون ابناءهم نحلا ثم يمسكونها فان مات ابن احدهم قال مالى بيدي لم أعطه احداوان مات قال هو لابنى قد كنت اعطيته إياه فمن نحل نحلة فلم يحزها الذى نحلها للمنحول له وابقاها حتى تكون ان مات لورثته فهى باطلة وهو قول على قالوا وهو اجماع من الصحابة لانه لم ينقل عنهم في ذلك خلاف : وأما مالك فاعتمد الامرين جميعا أعنى القياس وماروى عن الصحابة وجمع بينهما فمن حيث هي عقد من العقود لم يكن عنده شرطاً من شروط صحتها القبض ومن حيث شرطت الصحابة فيه القبض لسد الذريعة التى ذكرها عمر جعل القبض فيها من شرط التمام ومن حق الموهوب له وأنه ان تراخى حتى يفوت القبض بمرض أو افلاس على الواهب سقط حقه وجمهور فقهاء الامصار على ان الاب يحوز لابنه الصغير الذى فيـه ولاية نظره وللكبير السفيه ما وهبه له كما يجوز لهما ماوهبه غيره لهم وأنه يكفى في الحيازة له إشهاده بالهبة والاعلان بذلك وذلك كله فيما عدا الذهب والفضـة وفيما لايتعين ۞ والأصل في ذلك عندهم مارواه مالك عن ابن شهاب عن سعيد بن المسيب أن عثمان بن عفان قال من نحل ابناله صغيراً لم يبلغ ان يحوز نحلته فاعلن ذلك واشهد عليه فهى حيازة وان وليها وقال مالك وأصحابه لابد من الحيازة في المسكون والملبوس فان كانت داراً سكن فيها خرج منها وكذلك الملبوس ان لبسه بطلب الهبة وقالوا في سائر العروض بمثل قول الفقهاء أعنى انه يكفى في ذلك اعلانه وإشهاده . وأما الذهب والورق فاختلفت الرواية فيه عن مالك فروى عنه أنه لايجوز الا ان يخرجه الاب عن يده الى يد غيره وروى عنه أنه يجوز اذا جعلها في ظرف او اناء وختم عليها بخاتم واشهد على ذلك الشهود ولاخلاف بين أصحاب مالك ان الوصى يقوم في ذلك مقام الاب واختلفوا في الام فقال ابن القاسم لاتقوم مقام الأب ورواه عن مالك وقال غيره من أصحابه تقوم وبه قال أبو حنيفة وقال الشافعى الجد بمنزلة الاب والجدة عند ابن وهب ام الام تقوم مقام الام والام عنده تقوم مقام الاب .

﴿ القول في أنواع الهبات ﴾

والهبة منها ماهي هبة عين ومنها ماهى هبة منفعة وهبة العين منها مايقصد بها الثواب ومنها مالا يقصد بها الثواب والتى يقصد بها الثواب منها ما يقصد بها وجه الله ومنها

مايقصد به وجه المخلوق . فأما الهبة لغير الثواب فلاخلاف في جوازها وإنما اختلفوا في أحكامها . وأماهبة الثواب فاختلفوا فيها فاجازها مالك وأبو حنيفة ومنعها الشافعي وبه قال داود وأبو ثور ☆ وسبب الخلاف هل هي بيع مجهول الثمن أو ليس بيعا مجهول الثمن فمن رآه بيعا مجهول الثمن قال هو من بيوع الغرر التى لاتجوز ومن لم ير أنها بيع مجهول قال يجوز وكأن مالكا جعل العرف فيها بمنزلة الشرط وهو ثواب مثلها ولذلك اختلف القول عندهم إذا لم يرض الواهب بالثواب ما الحكم فقيل تلزمه الهبة اذا أعطاه الموهوب القيمة وقيل لاتلزمه الا ان يرضيه وهو قول عمر على ما سيأتي بعد فاذا اشترط فيه الرضا فليس هنالك بيع انعقد والاول هو المشهور عن مالك . وأما اذا ألزم القيمة فهنالك بيع انعقد وانما يحمل مالك الهبة على الثواب إذا اختلفوا في ذلك وخصوصاً إذا دلت قرينة الحال على ذلك مثل ان يهب الفقير للغنى أو لمن يرى انه انما قصد بذلك الثواب . وأما هبات المنافع فمنها ماهي مؤجلة وهذه تسمى عارية ومنحة وما أشبه ذلك ومنها ما يشترط فيها مابقيت حياة الموهوب له وهذه تسمى العمرى مثل ان يهب رجل رجلا سكنى دار حياته وهذه اختلف العلماء فيها على ثلاثة اقوال ، أحدها انها هبة مبتوتة أى أنها هبة للرقبة وبه قال الشافعي وأبو حنيفة والثورى وأحمد وجماعة ، والقول الثاني انه ليس للمعمر فيها الا المنفعة فاذا مات عادت الرقبة للمعمر أو إلى ورثته وبه قال مالك وأصحابه وعنده انه ان ذكر العقب عادت اذا انقطع العقب الى المعمر أو الى ورثته ، والقول الثالث انه اذا قال هي عمرى لك ولعقبك كانت الرقبة ملكا للمعمر فاذا لم يذكر العقب عادت الرقبة بعد موت المعمر للمعمر أو لورثته وبه قال داود وأبو ثور ☆ وسبب الخلاف في هذا الباب اختلاف الآثار ومعارضة الشرط والعمل للاثر . اما الاثر فى ذلك حديثان ، أحدهما متفق على صحته وهو مارواه مالك عن جابر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: أيما رجل أعمر عمرى له ولعقبه فانها للذى يعطاها لاترجع الى الذى أعطاها أبدا لانه أعطى عطاء وقعت فيه المواريث ، والحديث الثاني حديث أبى الزبير عن جابر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم يامعشر الانصار امسكوا عليكم أموالكم ولاتعمروها فمن أعمر شيئا حياته فهو له حياته ومماته وقد روى عن جابر بلفظ آخر لاتعمروا ولا ترقبوا فمن أعمر شيئا أوارقبه فهو لورثته فحديث أبى الزبير عن جابر مخالف لشرط المعمر وحديث مالك عنه مخالف أيضا لشرط المعمر الا انه يخيل أنه أقل في المخالفة وذلك ان ذكر العقب يوهم تبتيت العطية فمن غلب الحديث على الشرط قال بحديث أبى الزبير عن جابر وحديث مالك عن جابر ومن غلب الشرط قال بقول مالك .

وأما من قال ان العمرى تعود الى المعمر ان لم يذكر العقب ولا تعود ان ذكر فانه اخذ بظاهر الحديث . وأما حديث أبي الزبير عن جابر فمختلف فيه أعنى رواية أبي الزبير عن جابر . وأما اذا أتى بلفظ الاسكان فقال أسكنتك هذه الدار حياتك فالجمهور على ان الاسكان عندهم او الاخدام بخلاف العمرى وان لفظ بالعقب فسوى مالك بين التعمير والاسكان وكان الحسن وعطاء وقتادة يسوون بين السكنى والتعمير في أنها لا تنصرف الى المسكن أبدا على قول الجمهور في العمرى والحق ان الاسكان والتعمير المعنى المفهوم منهما واحد وأنه يجب ان يكون الحكم اذا صرح بالعقب مخالفا له اذا لم يصرح بذكر العقب على ماذهب اليه اهل الظاهر .

(القول في الاحكام) ومن مسائلهم المشهورة في هذا الباب جواز الاعتصار في الهبة وهو الرجوع فيها فذهب مالك وجمهور وعلماء المدينة ان للاب ان يعتصر ماوهبه لابنه مالم يتزوج الابن أو لم يستحدث دينا وبالجملة مالم يترتب عليه حق الغير وان للام أيضا ان تعتصر ماوهبت ان كان الاب حيا وقد روى عن مالك أنها لا تعتصر وقال أحمد وأهل الظاهر لا يجوز لاحد ان يعتصر ماوهبه وقال أبو حنيفة يجوز لكل أحد ان يعتصر ماوهبه الا ماوهب لذى رحم محرمة عليه وأجمعوا على أن الهبة التى يراد بها الصدقة أى وجه الله انه لا يجوز لاحد الرجوع فيها ☆ وسبب الخلاف في هذا الباب تعارض الاثار فمن لم ير الاعتصار أصلا احتج بعموم الحديث الثابت وهو قوله عليه الصلاة والسلام : العائد في هبته كالكلب يعود فى قيئه ومن استثنى الابوين احتج بحديث طاوس انه قال عليه الصلاة والسلام : لا يحل لواهب ان يرجع في هبته الا الوالد وقاس الام على الوالد وقال الشافعي لو اتصل حديث طاوس لقلت به وقال غيره قد اتصل من طريق حسين المعلم وهو ثقة . وأما من أجاز الاعتصار الا لذوى الرحم المحرمة فاحتج بما رواه مالك عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه انه قال : من وهب هبة لصلة رحم أو على جهة صدقة فانه لا يرجع فيها ومن وهب هبة يرى أنه انما أراد الثواب بها فهو على هبته يرجع فيها اذا لم يرض منها قالوا وأيضا فان الاصل ان من وهب شيئا عن غير عوض أنه لا يقضى عليه بكما لو وعد الا ما اتفقوا عليه من الهبة على وجه الصدقة وجمهور العلماء على ان من تصدق على ابنه فمات الابن بعد ان حازها فانه يرثها وفي مرسلات مالك أن رجلا أنصاريا من الخزرج تصدق على أبويه بصدقة فهلكا فورث ابنهما المال وهو نخل فسأل عن ذلك النبي عليه الصلاة والسلام فقال : قد أجرت في صدقتك وخذها بميراثك وخرج أبوداود عن عبد الله بن بريدة عن أبيه عن امرأة أتت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت كنت قد تصدقت على أمي بوليدة وأنها ماتت

وتركت تلك الوليدة فقال صلى الله عليه وسلم: وجب أجرك ورجعت اليك بالميراث وقال أهل الظاهر لا يجوز الاعتصار لاحد لعموم قوله عليه الصلاة والسلام: لعمر لا تشتره في الفرس الذي تصدق به فان العائد في هبته كالكلب يعود في قيئه والحديث متفق على صحته * قال القاضي والرجوع في الهبة ليس من محاسن الاخلاق والشارع عليه الصلاة والسلام انما بعث ليتمم محاسن الاخلاق وهذا القدر كاف في هذا الباب .

(بسم الله الرحمن الرحيم)

(وصلي الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما)

كتاب الوصايا

والنظر فيها ينقسم أولا قسمين . القسم الاول النظر فى الأركان . والثانى في الاحكام ونحن فانما نتكلم من هذه فيما وقع فيها من المسائل المشهورة .

(القول في الاركان) والاركان أربعة الموصى . والموصى له . والموصى به . والوصية . أما الموصى فاتفقوا على انه كل مالك صحيح الملك ويصح عند مالك وصية السفيه والصبي الذي يعقل القرب وقال أبو حنيفة لا تجوز وصية الصبي الذي لم يبلغ وعن الشافعي القولان وكذلك وصية الكافر تصح عندهم اذا لم يوص بمحرم . وأما الموصى له فانهم اتفقوا على ان الوصية لا تجوز لوارث لقوله عليه الصلاة والسلام : لا وصية لوارث واختلفوا هل تجوز لغير القرابة فقال جمهور العلماء انها تجوز لغير الاقربين مع الكراهية وقال الحسن وطاوس ترد الوصية على القرابة وبه قال اسحق وحجة هؤلاء ظاهر قوله تعالى « الوصية للوالدين والاقربين » والالف واللام تقتضي الحصر واحتج الجمهور بحديث عمر ان ابن الحصين المشهور وهو أن رجلا اعتق ستة أعبد له في مرضه عند موته لا مال له غيرهم فاقرع رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهم فاعتق اثنين وأرق أربعة والعبيد غير القرابة . واجمعوا كما قلنا انها لا تجوز لوارث اذا لم يجزها الورثة . واختلفوا كما قلنا اذا أجازتها الورثة فقال الجمهور تجوز وقال اهل الظاهر والمزني لا تجوز * وسبب الخلاف هل المنع لعلة الورثة أو عبادة فمن قال عبادة قال لا تجوز وان اجازها الورثة ومن قال بالمنع لحق الورثة أجازها اذا اجازها الورثة وتردد هذا الخلاف راجع الى تردد المفهوم من قوله عليه الصلاة والسلام : لا وصية لوارث هل هو معقول المعنى أم ليس بمعقول واختلفوا في

الوصية للميت فقال قوم تبطل بموت الموصى له وهم الجمهور وقال قوم لاتبطل وفي الوصية للقاتل خطأ وعمدا وفي هذا الباب فرع مشهور وهو اذا اذن الورثة للميت هل لهم أن يرجعوا في ذلك بعد موته فقيل لهم وقيل ليس لهم وقيل بالفرق بين أن يكون الورثة في عيال الميت أولا يكونوا اعنى أنهم ان كانوا في عياله كان لهم الرجوع والثلاثة الاقوال في المذهب .

(القول في الموصى به) والنظر في جنسه وقدره . أما جنسه فانهم اتفقوا على جواز الوصية في الرقاب واختلفوا في المنافع فقال جمهور فقهاء الامصار ذلك جائز وقال ابن أبى ليلى وابن شبرمة وأهل الظاهر الوصية بالمنافع باطلة وعمدة الجمهور أن المنافع في معنى الاموال وعمدة الطائفة الثانية ان المنافع منتقلة الى ملك الوارث لان الميت لاملك له فلا تصح له وصية بما يوجد في ملك غيره والى هذا القول ذهب ابو عمر بن عبد البر وأما القدر فان العلماء اتفقوا على أنه لا تجوز الوصية في أكثر من الثلث لمن ترك ورثة .واختلفوا فيمن لم يترك ورثة وفي القدر المستحب منها هل هو الثلث أو دونه وانما صار الجميع الى أن الوصية لا تجوز في أكثر من الثلث لمن له وارث بما ثبت عنه صلى الله عليه وسلم انه عاد سعد بن أبى وقاص فقال له يا رسول الله قد بلغ منى الوجع ما ترى وأنا ذو مال ولا يرثنى الا ابنة لى أفاتصدق بثلثى مالى فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم لا فقال له سعد فالشطر قال لا ثم قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الثلث والثلث كثير انك ان تذر ورثتك أغنياء خير من أن تذرهم عالة يتكففون الناس فصار الناس لمكان هذا الحديث الى ان الوصية لا تجوز با كثر من الثلث واختلفوا في المستحب من ذلك فذهب قوم الى أنه مادون الثلث لقوله عليه الصلاة والسلام: في هذا الحديث والثلث كثير وقال بهذا كثير من السلف قال قتادة أوصى أبو بكر بالخمس وأوصى عمر بالربع والخمس احب الى . وأما من ذهب الى ان المستحب هو الثلث فانهم اعتمدوا على ماروى عن النبى صلى الله عليه وسلم انه قال:ان الله جعل لكم في الوصية ثلث اموالكم زيادة في أعمالكم وهذا الحديث ضعيف عند أهل الحديث وثبت عن ابن عباس انه قال لو عصى الناس في الوصية من الثلث الى الربع لكان أحب الى لان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: الثلث والثلث كثير . وأما اختلافهم في جواز الوصية بأكثر من الثلث لمن لاوارث له فان مالكا لايجيز ذلك والاوزاعى واختلف فيه قول أحمد وأجاز ذلك ابو حنيفة واسحق وهو قول ابن مسعود *وسبب الخلاف هل هذا الحكم خاص بالعلة التى علله بها الشارع ام ليس بخاص وهو أن لا يترك ورثته عالة يتكففون الناس كما قال عليه الصلاة والسلام : إنك أن تذر ورثتك أغنياء خير من ان تذرهم عالة

يتكففون الناس [فمن جعل هذا السبب خاصا وجبان يرتفع الحكم بارتفاع هذه العلة ومن جعل الحكم عبادة وان كان قد علل بعلة أو جعل جميع المسلمين في هـذا المعنى بمنزلة الورثة قال لاتجوز الوصية باطلاق با كثر من الثلث .

(القول في المعنى الذى يدل عليه لفظ الوصية) والوصية بالجملة هي هبة الرجل ماله لشخص آخر أولاشخاص بعد موته أو عتق غلامـه سواء صرح بلفظ الوصية أو لم يصرح به وهذا العقد عندهم هو من العقود الجائزة باتفاق أعنى أن للموصى ان يرجع فيما أوصى به الا المدبر فانهم اختلفوا فيه على ما سـيأتى في كتاب التدبير وأجمعوا على أنه لا يجب للموصى له الا بعد موت الموصى واختلفوا في قبول الموصى له هل هو شرط فى صحتها أم لا فقال مالك قبول الموصى له اياها شرط في صحة الوصية وروى عن الشافعى أنه ليس القبول شرطا في صحتها ومالك شبهها بالهبة .

(القول في الاحـكام) وهذه الاحكام منها لفظية ومنها حسابية ومنها حكمية فمن مسائلهم المشهورة الحكمية اختلافهم في حـكم من أوصى بثلث ماله لرجل وعين ما أوصى له به في ماله ممـا هو الثلث فقال الورثة ذلك الذى عين اكثر من الثلث فقال مالك الورثة مخيرون بين أن يعطوه ذلك الذى عينه الموصى أو يعطوه الثلث من جميع مال الميت وخالفه في ذلك أبو حنيفة والشافعى وأبو ثور وأحمد وداود وعمدتهم أن الوصية قد وجبت للموصى له بموت الموصى وقبوله اياها باتفاق فكيف ينقل عن ملكه ما وجب له بغير طيب نفس منه وتغير الوصية وعمدة مالك امكان صدق الورثة فيما ادعوه وما أحسن ما رأى أبوعمر بن عبدالبر في هذه المسئلة وذلك أنه قال اذا ادعى الورثة ذلك كلفوا بيان ما ادعوا فان ثبت ذلك أخذ منه الوصى له قدر الثلث من ذلك الشيء الموصى به وكان شريكا للورثة وان كان الثلث فاقل جبروا على اخراجه واذا لم يختلفوا في ان ذلك الشيء الموصى به هو فوق الثلث فعند مالك ان الورثه مخيرون بين أن يدفعوا اليه ماوصى له به أو يفرجوا له عن جميع ثلث مال الميت إما في ذلك الشيء بعينه وإما فى جميع المال على اختلاف الرواية عن مالك فى ذلك وقال أبو حنيفة والشافعى له ثلث ذلك الدين ويكون بباقيه شريكا للورثة فى جميع ماترك الميت حتى يستوفي تمام الثلث ✡ وسبب الخلاف أن الميت لما تعدى في ان جعل وصيته في شيء بعينه فهل الا عدل فى حق الورثة ان يخيروا بين امضاء الوصية أو يفرجوا له الى غاية مايجوز للميت ان يخرج عنهم من ماله أو يبطل التعدى ويعود ذلك الحق مشتركا وهذاهو الاولى اذا قلنا ان التعدى هو في التعين لكونه أكثر من الثلث أعنى

ان الواجب ان يسقط التعيين وأما ان يكلف الورثة أن يمضوا التعيين أو يتخلوا عن جميع الثلث فهو حمل عليهم . ومن هذا الباب اختلافهم فيمن وجبت عليه زكاة فمات ولم يوص بها وأذاوصي بها فهل هي من الثلث أو من رأس المال فقال مالك اذالم يوص بها لم يلزم الورثة اخراجها وقال الشافعي يلزم الورثة اخراجها من رأس المال واذا وصى بها فعند مالك يلزم الورثة اخراجها وهي عنده من الثلث وهي عند الشافعي في الوجهين من رأس المال شبهها بالدين لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم : فدين الله أحق ان يقضى وكذلك الكفارات الواجبة والحج الواجب عنده ومالك يجعلها من جنس الوصايا بالتوصية باخراجها بعد الموت ولا خلاف انه لو أخرجها في الحياة أنها من رأس المال ولو كان في السياق وكأن مالكا اتهمه هنا على الورثة أعني في توصيته باخراجها قال ولو اجيز هذا لجاز للانسان ان يؤخر جميع زكاته طول عمره حتى اذا دنامن الموت وصى بهافاذا زاحمت الوصايا الزكاة قدمت عند مالك على ماهو أضعف منها وقال أبو حنيفة هي وسائر الوصايا سواء يريد في المحاصة واتفق مالك وجميع أصحابه على ان الوصايا التي يضيق عنها الثلث اذا كانت مستوية أنها تتحاص في الثلث واذا كان بعضها أهم من بعض قدم الاهم واختلفوا في الترتيب على ماهو مسطور في كتبهم ومن مسائلهم الحسابية المشهورة في هذا الباب اذا أوصى لرجل بنصف ماله ولاخر بثلثيه ورد الورثة الزائد فعند مالك والشافعي انهما يقتسمان الثلث بينهما أخماسا وقال أبو حنيفة بل يقتسمان الثلث بالسوية * وسبب الخلاف هل الزائد على الثلث الساقط هل يسقط الاعتبار به في القسمة كما يسقط في نفسه باسقاط الورثة فمن قال يبطل في نفسه ولا يبطل الاعتبار به في القسمة اذ كان مشاعا قال يقتسمون المال أخماسا ومن قال يبطل الاعتبار به كما لو كان معينا قال يقتسمون الباقي على السواء ومن مسائلهم اللفظية في هذا الباب اذا أوصى بجزء من ماله وله مال يعلم به ومال لا يعلم به فعند مالك ان الوصية تكون فيما علم به دون مالم يعلم وعند الشافعي تكون في المالين * وسبب الخلاف هل اسم المال الذى نطق به يتضمن ما علم وما لم يعلم أو ما علم فقط والمشهور عن مالك أن المدبر يكون في المالين اذا لم يخرج من المال الذى يعلم وفي هذا الباب فروع كثيرة وكلها راجعة الى هذه الثلاثة الاجناس ولا خلاف بينهم أن للرجل ان يوصى بعد موته بأولاده وان هذه خلافة جزئية كالخلافة العظمى الكلية التي للامام ان يوصى بها .



﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

(وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما

﴿ كتاب الفرائض ﴾

والنظر في هذا الكتاب فيمن يرث وفيمن لا يرث ومن يرث هل يرث دائما أو مع وارث دون وارث واذا ورث مع غيره فكم يرث وكذلك اذا ورث وحده كم يرث واذا ورث مع وارث فهل يختلف ذلك بحسب وارث وارث أو لا يختلف والتعليم في هذا يمكن على وجوه كثيرة قد سلك أكثرها أهل الفرائض والسبيل الحاضرة في ذلك بان يذكر حكم جنس جنس من أجناس الورثة اذا انفرد ذلك الجنس وحكمه مع سائر الاجناس الباقية مثال ذلك ان ينظر الى الولد اذا انفرد كم ميراثه ثم ينظر حاله مع سائر الاجناس الباقية من الوارثين . فاما الاجناس الوارثة فهي ثلاثة ذوو نسب وأصهار وموالى .
فاما ذوو النسب فنها متفق عليها ومنها مختلف فيها . فاما المتفق عليها فهي الفروع أعني الاولاد والاصول أعني الاباء والاجداد ذكوراً كانوا أو اناثا وكذلك الفروع المشاركة للميت في الاصل الادنى أعني الاخوة ذكورا واناثا أو المشاركة الادنى أو الابعد في أصل واحد وهم الاعمام وبنو الاعمام وذلك الذكور من هؤلاء خاصة فقط وهؤلاء اذا فصلوا كانوا من الرجال عشرة ومن النساء سبعة . أما الرجال فالابن وابن الابن وان سفل والاب والجد أبو الاب وان علا والاخ من أي جهة كان أعني للام والاب أو لاحدهما وابن الاخ وان سفل والعم وابن العم وان سفل والزوج ومولى النعمة .
وأما النساء فالابنة وابنة الابن وان سفلت والام والجدة وان علت والاخت والزوجة والمولاة . وأما المختلف فيهم فهم ذوو الارحام وهم من لا فرض لهم في كتاب الله ولا هم عصبة وهم بالجملة بنو البنات وبنات الاخوة وبنو الاخوات وبنات الاعمام والعم أخو الاب للام فقط وبنو الاخوة للام والعمات والخالات والاخوال فذهب مالك والشافعي وأكثر فقهاء الامصار وزيد بن ثابت من الصحابة الى انه لا ميراث لهم وذهب سائر الصحابة وفقهاء العراق والكوفة والبصرة وجماعة من العلماء من سائر الآفاق الى توريثهم والذين قالوا بتوريثهم اختلفوا في صفة توريثهم فذهب أبو حنيفة وأصحابه الى توريثهم على ترتيب العصبات وذهب سائر من

ورثهم الى التنزيل وهو ان ينزل كل من أدلى منهم بذى سهم أو عصبة بمنزلة السبب الذى أدلى به وعمدة مالك ومن قال بقوله ان الفرائض لما كانت لامجال للقياس فيها كان الاصل أن لايثبت فيها شيء الا بكتاب أو سنة ثابتة أو اجماع وجميع ذلك معدوم فى هذه المسئلة: وأما الفرقة الثانية فزعموا أن دليلهم على ذلك من الكتاب والسنة والقياس . أما الكتاب فقوله تعالى (وأولوا الارحام بعضهم أولى ببعض) وقوله تعالى (للرجال نصيب مما ترك الوالدان والاقربون) واسم القرابة ينطلق على ذوى الارحام ويرى المخالف أن هذه مخصوصة بآيات المواريث وأما السنة فاحتجوا بما خرجه الترمذى عن عمر بن الخطاب أنه كتب الى أبى عبيدة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: الله ورسوله مولى من لامولى له والخال وارث من لاوارث له . وأما من طريق المعنى فان القدماء من أصحاب أبى حنيفة قالوا ان ذوى الارحام أولى من المسلمين لانهم قد اجتمع لهم سببان القرابة والاسلام فاشبهوا تقديم الاخ الشقيق على الاخ للاب أعنى أن من اجتمع له سببان أولى ممن له سبب واحد . وأما أبو زيد ومتأخروا أصحابه فشبهوا الارث بالولاية وقالوا لما كانت ولاية التجهيز والصلاة والدفن للميت عند فقد أصحاب الفروض والعصبات لذوى الارحام وجب أن يكون لهم ولاية الارث وللفريق الاول اعتراضات فى هذه المقاييس فيها ضعف واذ قد تقرر هذا فللشرع فى ذكر جنس جنس من أجناس الوارثين وتذكر فى ذلك ما يجرى مجرى الاصول من المسائل المشهورة المتفق عليها والمختلف فيها

﴿ميراث الصلب﴾

وأجمع المسلمون على أن ميراث الولد من والدهم ووالدتهم ان كانوا ذكوراً واناثا معا هو أن للذكر منهم مثل حظ الانثيين وأن الابن الواحد اذا انفرد فله جميع المال وأن البنات اذا انفردن فكانت واحدة ان لها النصف وان كن ثلاثا فما فوق ذلك فلهن الثلثان واختلفوا فى الاثنتين فذهب الجمهور الى أن لهما الثلثين وروى عن ابن عباس أنه قال للبنتين النصف . والسبب فى اختلافهم تردد المفهوم فى قوله تعالى « فان كن نساء فوق اثنتين فلهن ثلثا ما ترك » هل حكم الاثنتين المسكوت عنه يلحق بحكم الثلاثة أو بحكم الواحدة والاظهر من باب دليل الخطاب أنهما لاحقان بحكم الواحدة وقد قيل أن المشهور عن ابن عباس مثل قول الجمهور وقد روى عن ابن عبد الله بن محمد بن عقيل عن حاتم ابن عبد الله وعن جابر أن النبى صلى الله عليه وسلم أعطى البنتين الثلثين قال فيما أحسب أبو عمر بن عبد البر

وعبد الله إبن عقيل قد قبل جماعة من أهل العلم حديثه وخالفهم آخرون ، وسبب الاتفاق فى هذه الجملة قوله تعالى « يوصيكم الله فى أولادكم للذكر مثل حظ الانثيين الى قوله « وإن كانت واحدة فلها النصف » وأجمعوا من هذا الباب على أن بنى البنين يقومون مقام البنين عند فقد البنين يرثون كما يرثون ويحجبون كما يحجبون الا شيء روى عن مجاهد أنه قال ولد الابن لا يحجبون الزوج من النصف الى الربع كما يحجب الولد نفسه ولا الزوجة من الربع الى الثمن ولا الام من الثلث الى السدس وأجمعوا على أنه ليس لبنات الابن ميراث مع بنات الصلب اذا استكمل بنات المتوفي الثلثين واختلفوا اذا كان مع بنات الابن ذكر ابن ابن فى مرتبتهن أو أبعد منهن فقال جمهور فقهاء الامصار انه يعصب بنات الابن فيما فضل عن بنات الصلب فيقسمون المال للذكر مثل حظ الانثيين وبه قال على رضى الله عنه وزيد بن ثابت من الصحابة وذهب ابو ثور ودا وداود اذا استكمل البنات الثلثين ان الباقى لابن الابن دون بنات الابن كن في مرتبة واحدة مع الذكر أو فوقه أو دونه وكان ابن مسعود يقول في هذه للذكر مثل حظ الانثيين الا ان يكون الحاصل للنساء أكثر من السدس فلا يعطى الا السدس وعمدة الجمهور عموم قوله تعالى « يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الانثيين » وأن ولد الولد ولد من طريق المعنى أيضا لما كان الابن يعصب من في درجته في جملة المال فواجب ان يعصب في الفاضل من المال وعمدة داود وابى ثور حديث ابن عباس عن النبى صلى الله عليه وسلم انه قال : اقسموا المال بين اهل الفرائض على كتاب الله عز وجل فما ابقت الفرائض فلا ولى رجل ذكر ومن طريق المعنى ايضا ان بنت الابن لما لم ترث مفردة من الفاضل عن الثلثين كان احرى أن لا ترث مع غيرها وسبب اختلافهم تعارض القياس والنظر فى الترجيح . وأما قول ابن مسعود فبنى على اصله في أن بنات الابن لما كن لا يرثن مع عدم الابن أكثر من السدس لم يجب لهن مع الغير أكثر مما وجب لهن مع الانفراد وهي حجة قريبة من حجة داود والجمهور على أن ذكر ولد الابن يعصبهن كان في درجتهن أو اطراف منهن وشذ بعض المتأخرين فقال لا يعصبهن الا اذا كان في مرتبتهن وجمهور العلماء على انه اذا ترك المتوفي بنتا اصلب وبنات ابن أو بنات ابن ليس معهن ذكران لبنات الابن السدس تكملة الثلثين وخالفت الشيعة في ذلك فقالت لا ترث بنت الابن مع البنت شيئا كالحال في ابن الابن مع الابن فالاختلاف في بنات الابن في موضعين مع بنى الابن ومع البنات فيما دون الثلثين وفوق النصف فالمتحصل فيهن اذا كن مع بنى الابن انه قيل يرثن وقيل لا يرثن واذا قيل يرثن فقيل يرثن تعصيبا مطلقا وقيل يرثن تعصيبا الا ان يكون

أكثر من السدس واذا قيل يرثن فقيل أيضا اذا كان ابن الابن في درجتهن وقيل كيف ما كان والمتحصل فى وراثتهن مع عدم ابن الابن فيما فضل عن النصف الى تكملة الثلثين قيل يرثن وقيل لايرثن .

(ميراث الزوجات)

واجمع العلماء على أن ميراث الرجل من امرأته اذا لم تترك ولداً ولا ولدا بن النصف ذكراً كان الولد أو انثى الا ماذكرنا عن مجاهد وانها ان تركت ولدا فله الربع وأن ميراث المرأة من زوجها اذا لم يترك الزوج ولدا ولا ولدا بن الربع فان ترك ولدا أو ولد ابن فالثمن وانه ليس يحجبهن أحد عن الميراث ولا ينقصهن الا الولد وهذا لورود النص في قوله تعالى (ولكم نصف ماترك أزواجكم إن لم يكن لهن ولد) الآية

✿(ميراث الاب والام)✿

وأجمع العلماء على أن الاب اذا انفرد كان له جميع المال وانه اذا انفرد الابوان كان للام الثلث وللاب الباقى لقوله تعالى (وورثه أبواه فلامه الثلث) وأجمعوا على ان فرض الابوين من ميراث ابنهما اذاكان للابن ولد أوولد ابن السدسان أعنى ان لكل واحد منهما السدس لقوله تعالى (ولابويه لكل واحد منهما السدس مما ترك ان كان له ولد) والجمهور على أن الولد هو الذكر دون الانثى وخالفهم فى ذلك من شذ . وأجمعوا على أن الاب لاينقص مع ذوى الفرائض من السدس وله مازاد . وأجمعوا من هذا الباب على أن الام يحجبها الاخوة من الثلث الى السدس لقوله تعالى (فان كان له أخوة فلامه السدس) . واختلفوا فى أقل مايحجب الام من الثلث الى السدس من الاخوة فذهب على رضى الله عنه وابن مسعود الى أن الاخوة الحاجبين هما اثنان فصاعدا وبه قال مالك وذهب ابن عباس الى أنهم ثلاثة فصاعدا وأن الاثنين لايحجبان الام من الثلث الى السدس والخلاف آيل الى أقل ماينطلق عليه اسم الجمع فمن قال أقل ماينطلق عليه اسم الجمع ثلاثة قال الاخوة الحاجبون ثلاثة فما فوق ومن قال أقل ماينطلق عليه اسم الجمع اثنان قال الاخوة الحاجبون هما اثنان أعنى في قوله تعالى (فان كان له أخوة) ولاخلاف أن الذكر والانثى يدخلان تحت اسم الاخوة في الاية وذلك عند الجمهور وقال بعض المتأخرين لاأنقل الام من الثلث الى السدس بالاخوات المنفردات لانه زعم انه ليس ينطلق عليهن اسم الاخوة الا أن يكون معهن أخ لموضع تغليب المذكر على المؤنث اذ اسم الاخوة هو جمع أخ والاخ مذكر واختلفوا من هذا

الباب فيمن يرث السدس الذى تحجب عنه الام بالاخوة وذلك اذا ترك المتوفى أبوين وأخوة فقال الجمهور ذلك السدس للاب مع الاربعة الاسداس وروى عن ابن عباس أن ذلك السدس للاخوة الذين حجبوا وللاب الثلثان لانه ليس فى الاصـول من يحجب ولا يأخذ ماحجب الا الاخوة مع الاباء وضعف قوم الاسناد بذلك عن ابن عباس وقول ابن عباس هو القياس. واختلفوا من هذا الباب في التى تعرف بالغروين وهى فيمن ترك زوجة وأبوين أو زوجا وأبوين فقال الجمهور فى الاولى للزوجة الربع وللام ثلث مابقى وهو الربع من رأس المال وللاب مابقى وهو النصف وقالوا فى الثانية للزوج النصف وللام ثلث مابقى وهو السدس من رأس المال وللاب مابقى وهو السدسان وهو قول زيد والمشهور من قول على رضى الله عنه وقال ابن عباس فى الاولى للزوجة الربع من رأس المـال وللام الثلث منه أيضا لانها ذات فرض وللاب مابقى لانه عاصب وقال أيضا في الثانية للزوج النصف وللام الثلث لانها ذات فرض مسمى وللاب مابقى وبه قال شريح القاضى وداود وابن سيرين وجماعة وعمدة الجمهور أن الاب والام لمـا كانا اذا انفردا بالمال كان للام الثلث وللاب الباقى وجب أن يكون الحال كذلك فيما بقى من المال وكأنهم رأوا أن يكون ميراث الام أكثر من ميراث الاب خروجا عن الاصول وعمدة الفريق الآخر أن الام ذات فرض مسمى والاب عاصـب والعاصب ليس له فرض محدود مع ذى الفروض بل يقل ويكثر وما عليه الجمهور من طريق التعليل أظهر وما عليه الفريق الثانى مع عدم التعليل أظهر وأعنى بالتعليل هاهنا أن يكون أحق سببى الانسـان أولى بالايثار أعنى الاب من الام ٠

﴿ميراث الاخوة للام﴾

وأجمع العلماء على أن الاخوة للام اذا انفرد الواحد منهم ان له السدس ذكراً كان أو أنثى وانهم ان كانوا أكثر من واحد فهم شركاء فى الثلث على السوية للذكر منهم مثل حظ الانثى سواء وأجمعوا على أنهم لا يرثون مع أربعة وهم الاب والجد أبو الاب وان علا والبنون ذكر انهم واناثهم وبنو البنين وان سفلوا ذكر انهم واناثهم وهذا كله لقوله تعـالى « وان كان رجل يورث كلالة أو امرأة وله أخ أو اخت » الآية. وذلك الاجماع انعقد على أن المقصود بهذه الآية هم الاخوة للام فقط وقرىء وله أخ او أخت من أمه . وكذلك أجمعوا فيما أحسب ههنا على ان

الـكلالة هي فقد الاصناف الاربعة التي ذكرنا من النسب اعني الآباء والاجداد والبنين وبني البنين .

(ميراث الاخوة للاب والام أو للاب)

وأجمع العلماء على أن الاخوة للاب والام أو للاب فقط يرثون في الـكلالة أيضا أما الاخت اذا انفردت فان لها النصف وان كانتا اثنتين فلهما الثلثان كالحال في البنات وانهم ان كانوا ذكورا وأناثا فللذكر مثل حظ الانثيين كحال البنين مع البنات وهذا لقوله تعالى (يستفتونك قل الله يفتيكم في الـكلالة) الا انهم اختلفوا في معنى الـكلالة هاهنا في أشياء واتفقوا منها في اشياء يأتي ذكرها ان شاء الله تعالى فمن ذلك انهم أجمعوا من هذا الباب على أن الاخوة للاب والام ذكرا انا كانوا أو اناثا انهم لا يرثون مع الولد الذكر شيئا ولا مع ولد الولد ولا مع الاب شيئا واختلفوا فيما سوى ذلك فمنها انهم اختلفوا في ميراث الاخوة للاب والام مع البنت أو البنات فذهب الجمهور الى انهن عصبة يعطون ما فضل عن البنات وذهب داود بن علي الظاهرى وطائفه الى أن الاخت لا ترث مع البنت شيئا وعمدة الجمهور في هذا حديث ابن مسعود عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال في ابنة وابنة ابن وأخت أن للبنت النصف والابنة الابن السدس تكملة الثلثين وما بقي فللاخت وأيضا من جهة النظر لما أجمعوا على توريث الاخوة مع البنات فكذلك الاخوات وعمدة الفريق الاخر ظاهر قوله تعالى (ان امرؤ هلك ليس له ولد وله أخت) فلم يجعل للاخت شيئا الا مع عدم الولد والجمهور حملوا اسم الولد هاهنا على الذكور دون الاناث وأجمع العلماء من هذا الباب على أن الاخوة للاب والام يحجبون الاخوة للاب عن الميراث قياسا على بني الابناء مع بني الصلب قال أبو عمر وقد روى ذلك في حديث حسن من رواية الآحاد العدول عن علي رضى الله عنه قال قضي رسول الله صلى الله عليه وسلم ان اعيان بني الام يتوارثون دون بني العلات وأجمع العلماء على أن الاخوات للاب والام اذا استكملن الثلثين فانه ليس للاخوات للاب معهن شيء كالحال في بنات الابن مع بنات الصلب وانه ان كانت الاخت للاب والام واحدة فللاخوات للاب ما كن بقية الثلثين وهو السدس واختلفوا اذا كان مع الاخوات للاب ذكر فقال الجمهور يعصبهن ويقتسمون المال للذكر مثل حظ الانثيين كالحال في بنات الابن مع بنات الصلب واشترط مالك أن يكون في درجتهن وقال ابن مسعود اذا استكمل الاخوات الشقائق الثلثين فالباقي للذكور من الاخوة للاب دون الاناث وبه قال أبو ثور وخالفه

داود فى هذه المسئلة مع موافقته له فى مسئلة بنات الصلب وبنى البنين فان لم يستكملن الثلثين فللذكر عنده من بنى الأب مثل حظ الانثيين الا ان يكون الحاصل للنساء أكثر من السدس كالحال فى بنت الصلب مع بنى الابن وأدلة الفريقين فى هذه المسئلة هى تلك الادلة باعيانها وأجمعوا على ان الاخوة للاب يقومون مقام الاخوة للاب والام عند فقدهم كالحال فى بنى البنين مع البنين وانه اذا كان معهن ذكر عصبهن بان يبدأ بمن له فرض مسمى ثم يرثون الباقى للذكر مثل حظ الانثيين كالحال فى البنين الا فى موضع واحد وهى الفريضة التى تعرف بالمشتركة فان العلماء اختلفوا فيها وهى امرأة توفيت وتركت زوجها وامها واخوتها لامها واخوتها لابيها وامها فكان عمر وعثمان وزيد بن ثابت يعطون للزوج النصف وللام السدس وللاخوة للام الثلث فيستغرقون المال فيبقى الاخوة للاب والام بلا شىء فكانوا يشركون الاخوة للاب والام فى الثلث مع الاخوة للام يقتسمونه بينهم للذكر مثل حظ الانثيين وبالتشريك قال من فقهاء الامصار مالك والشافعى والثورى وكان على رضى الله عنه وابى بن كعب وأبو موسى الاشعرى لا يشركون اخوة الاب والام فى الثلث مع أخوة الام فى هذه الفريضة ولا يوجبون لهم شيئا فيها وقال به من فقهاء الامصار أبو حنيفة وابن أبى ليلى واحمد وأبو ثور وداود وجماعة وحجة الفريق الاول ان الاخوة للاب والام يشاركون الاخوة للام فى السبب الذى به يستوجبون الارث وهى الام فوجب أن لا ينفردوا به دونهم لانه اذا اشتركوا فى السبب الذى به يرثون وجب ان يشتركوا فى الميراث وحجة الفريق الثانى ان الاخوة الشقائق عصبة فلا شىء لهم اذا احاطت فرائض ذوى السهام بالميراث وعمدتهم اتفاق الجميع على أن من ترك زوجا وأما وأخا واحدا لام واخوة شقائق عشرة أو أكثر ان الاخ للام يستحق هاهنا السدس كاملا والسدس الباقى بين الباقين مع أنهم مشاركون له فى الام ✡ فسبب الاختلاف فى أكثر مسائل الفرائض هو تعارض المقاييس واشتراك الألفاظ فيما فيه نص

(ميراث الجد)

وأجمع العلماء على ان الاب يحجب الجد وانه يقوم مقام الاب عند عدم الاب مع البنين وانه عاصب مع ذوى الفرائض واختلفوا هل يقوم مقام الاب فى حجب الاخوة الشقائق أو حجب الاخوة للاب فذهب ابن عباس وأبو بكر رضى الله عنهما وجماعة الى أنه يحجبهم وبه قال أبو حنيفة وأبو ثور والمزنى وابن شريح من أصحاب الشافعى وداود وجماعة واتفق على بن أبى طالب رضى الله عنه وزيد بن ثابت وابن مسعود على توريث

الاخوة مع الجد الا أنهم اختلفوا في كيفية ذلك على ما أقوله بعد وعمدة من جعل الجد بمنزلة الاب اتفاقهما في المعنى أعنى من قبل ان كليهما أب للميت ومن اتفاقهما في كثير من الاحكام التى أجمعوا على اتفاقهما فيها حتى انه قد روى عن ابن عباس رضى الله عنه انه قال أما يتقى الله زيد بن ثابت يجعل ابن الابن ابنا ولا يجعل أب الاب أبا وقد أجمعوا على انه مثله في أحكام أخر سوى الفروض منها ان شهادته لحفيده كشهادة الاب وان الجد يعتق على حفيده كما يعتق الاب على الابن وانه لا يقتص له من جد كما لا يقتص له من أب وعمدة من ورث الاخ مع الجد ان الاخ أقرب الى الميت من الجد لان الجد أبو ابى الميت والاخ ابن أبى الميت والابن أقرب من الاب وأيضا فاجمعوا عليه من ان ابن الاخ يقدم على العم وهو يدلى بالاب والعم يدلى بالجد * فسبب الخلاف تعارض القياس في هذا الباب (فان قيل) فاى القياسين أرجح بحسب النظر الشرعى (قلنا) قياس من ساوى بين الاب والجد فان الجد أب فى المرتبة الثانية أو الثالثة كما ان ابن الابن ابن في المرتبة الثانية أو الثالثة واذا لم يحجب الابن الجد وهو يحجب الاخوة فالجد يحجب ان يحجب من يحجب الابن والاخ ليس باصل للميت ولا فرع وانما هو مشارك له في الاصل والاصل أحق بالشىء من المشارك له فى الاصل والجد ليس هو أصلا للميت من قبل الاب بل هو أصل أصله والاخ يرث من قبل انه فرع لاصل الميت فالذى هو أصل لاصله اولى من الذى هو فرع لاصله ولذلك لا معنى لقول من قال ان الاخ يدلى بالبنوة والجد يدلى بالابوة فان الاخ ليس ابنا للميت وانما هو ابن ابيه والجد ابو الميت والبنوة انما هى اقوى في الميراث من الابوة في الشخص الواحد بعينه اعنى الموروث واما البنوة التى تكون لاب الموروث فليس يلزم أن تكون فى حق الموروث أقوى من الابوة التى تكون لاب المورث لان الابوة التى لاب الموروث هى ابوة ما للموروث اعنى بعيدة وليس البنوة التى لاب الموروث بنوة ما للموروث لا قريبة ولا بعيدة فمن قال الاخ احق من الجد لان الاخ يدلى بالشىء الذى من قبله كان الميراث بالبنوة وهو الاب والجد يدلى بالابوة هو قول غالط مخيل لان الجد أب ما وليس الاخ ابنا ما وبالجملة الاخ لاحق من لو احق الميت وكانه أمر عارض والجد سبب من أسبابه والسبب أملك للشىء من لاحقه. واختلف الذين ورثوا الجد مع الاخوة في كيفية ذلك فتحصيل مذهب زيد في ذلك أنه لا يخلو ان يكون معه سوى الاخوة ذو فرض مسمى أولا يكون فان لم يكن معه ذو فرض مسمى أعطى الافضل له من اثنين أما ثلث المال وأما أن يكون كواحد من الاخوة الذكور وسواء كان الاخوة ذكرانا أو اناثا أو الامرين جميعا فهو مع الاخ

الواحد يقاسمه المال وكذلك مع الاثنين ومع الثلاثة والاربعة يأخذ الثلث وهو مع الاخت الواحدة الى الاربع يقاسمهن للذكر مثل حظ الانثيين ومع الخمس أخوات له الثلث لانه أفضل له من المقاسمة فهذه هي حاله مع الاخوة فقط دون غيرهم. وأما ان كان معهم ذو فرض مسمى فانه يبدأ باهل الفروض فيأخذوا فروضهم فما بقى أعطى الافضل له من ثلاث أما ثلث ما بقى بعد حظوظ ذوى الفرائض وأما أن يكون بمنزلة ذكر من الاخوة وأما أن يعطى السدس من رأس المال لا ينقص منه ثم مابقى يكون للاخوة للذكر مثل حظ الانثيين الا في الاكدرية على ما سنذكر مذهبه فيها مع سائر مذاهب العلماء . وأما على رضى الله عنه فكان يعطى الجد الاحظى له من السدس أو المقاسمة وسواء كان مع الجد والاخوة غيرهم من ذوى الفرائض أو لم يكن وانما لم ينقصه من السدس شيئا لانهم لما أجمعوا ان الابناء لاينقصونه منه شيئا كان أحرى أن لا ينقصه الاخوة وعمدة قول زيد انه لما كان يحجب الاخوة للام فلم يحجب عن مايجب لهم وهو الثلث وبقول زيد قال مالك والشافعي والثورى وجماعة وبقول على رضى الله عنه قال أبو حنيفة . وأما الفريضة التى تعرف بالاكدرية وهى امرأة توفيت وتركت زوجا وأما وأختا شقيقة وجدا فان العلماء اختلفوا فيها فكان عمر رضى الله عنه وابن مسعود يعطيان الزوج النصف وللام السدس وللاخت النصف وللجد السدس وذلك على جهة العدل وكان على بن أبى طالب رضى الله عنه وزيد يقولان للزوج النصف وللام الثلث وللاخت النصف وللجد السدس فريضة إلا ان زيدا يجمع سهم الاخت والجد فيقسم ذلك بينهم للذكر مثل حظ الانثيين وزعم بعضهم أن هذا ليس من قول زيد وضعف الجميع التشريك الذى قال به زيد في هذه الفريضة وبقول زيد قال مالك وقيل انما سميت الاكدرية لتكدر قول زيد فيها وهذا كله على مذهب من يرى العول وبالعول قال جمهور الصحابة وفقهاء الامصار الا ابن عباس فانه روى عنه أنه قال أعال الفرائض عمر بن الخطاب وايم الله لو قدم من قدم الله وأخر من أخر الله ماعالت فريضة قيل له وأيها قدم الله وأيها أخر الله قال كل فريضة لم يهبطها الله عز وجل عن موجبها الا الى فريضة أخرى فهى ما قدم الله وكل فريضة اذا زالت عن فرضها لم يكن لها الا مابقى فتلك التى أخر الله فالاول مثل الزوجة والام والمتأخر مثل الاخوات والبنات قال فاذا اجتمع الصنفان بدىء من قدم الله فان بقى شيء فلمن أخر الله والا فلا شيء له قيل له فهلا قلت هذا القول لعمر قال هبته وذهب زيد الى انه اذا كان مع الجد والاخوة الشقائق إخوة لاب ان الاخوة الشقائق يعادون الجد بالاخوة للاب فيمنعونه بهم كثرة الميراث ولا يرثون

مع الاخوة الشقائق شيئا الا ان يكون الشقائق أختا واحدة فانها تعاد الجد باخوتها للاب مابينهما وبين ان تستكمل فريضتها وهي النصف وأن كان فيما يحاولها ولاخوتها لابيها فضل عن نصف رأس المال كله فهو لاخوتها لابيها للذكر مثل حظ الانثيين فان لم يفضل شيء على النصف فلا ميراث لهم فاما على رضى الله عنه فكان لايلتفت هنا للاخوة للاب للاجماع على ان الاخوة الشقائق يحجبونهم ولان هذا الفعل أيضا مخالف الاصول أعنى ان يحتسب بمن لايرث واختلف الصحابة رضى الله عنهم من هذا الباب في الفريضة التي تدعى الخرقاء وهي أم وأخت وجد على خمسة أقوال فذهب أبو بكر رضى الله عنه وابن عباس الى ان للام الثلث والباقي للجد وحجبوا به الاخت وهذا على رأيهم في اقامة الجد مقام الاب وذهب على رضى الله عنه الى أن للام الثلث وللاخت النصف وما بقي للجد وذهب عثمان الى ان للام الثلث وللاخت الثلث وللجد الثلث وذهب ابن مسعود الى ان للاخت النصف وللجد الثلث وللام السدس وكان يقول معاذ الله ان أفضل أما على جد وذهب زيد الى ان للام الثلث ومابقي بين الجد والاخت للذكر مثل حظ الانثيين .

(ميراث الجدات)

وأجمعوا على ان للجدة أم الام السدس مع عدم الام وأن للجدة أيضا أم الاب عند فقد الاب السدس فان اجتمعا كان السدس بينهما.واختلفوا فيما سوى ذلك فذهب زيد وأهل المدينة الى ان الجدة أم الام يفرض لها السدس فريضة فاذا اجتمعت الجدتان كان السدس بينهما اذا كان قعددها سواء أو كانت أم الاب أقعد فان كانت أم الام أقعد أى أقرب الى الميت كان لها السدس ولم يكن للجدة أم الاب شيء وقد روى عنه أيهما أقعد كان لها السدس وبه قال على رضى الله عنه ومن فقهاء الامصار أبو حنيفة والثورى وأبو ثور وهؤلاء ليس يورثون الاهاتين الجدتين المجتمع على توريثهما وكان الاوزاعى وأحمد يورثان ثلاث جدات واحدة من قبل الام واثنتان من قبل الاب أم الاب وام ابى الاب أعنى الجد وكان ابن مسعو ديورث أربع جدات ام الام وام الاب وام ابى الاب اعنى الجد وام ابى الام اعنى الجد وبه قال الحسن وابن سيرين وكان ابن مسعود يشرك بين الجدات في السدس دنياهن وقصواهن مالم تكن تحجبها بنتها أو بنت بنتها وقد روى عنه انه كان يسقط القصوى بالدنيا اذا كانتا من جهة واحدة وروى عن ابن عباس ان الجدة كالام اذا لم تكن أم وهو شاذ عند الجمهور ولكن له حظ من القياس فعمدة زيد وأهل المدينة والشافعي ومن قال بمذهب زيد

ما رواه مالك انه قال جاءت الجدة الى أبي بكر رضي الله عنه تسأله عن ميراثها فقال أبو بكر مالك في كتاب الله عز وجل شيء وما علمت لك في سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم شيئا فارجعي حتى أسأل الناس فقال له المغيرة بن شعبة حضرت رسول الله صلى الله عليه وسلم أعطاها السدس فقال أبو بكر هل معك غيرك فقال محمد بن مسلمة فقال مثل ما قال المغيرة فانفذه أبو بكر لها ثم جاءت الجدة الاخرى الى عمر بن الخطاب تسأله ميراثها فقال لها مالك في كتاب الله عز وجل شيء وما كان القضاء الذى قضى به الا لغيرك وما أنا بزائد في الفرائض ولكنه ذلك السدس فان اجتمعتما فيه فهو لكما وأيتكما انفردت به فهو لها وروى مالك أيضا انه أتت الجدتان الى أبي بكر فاراد أن يجعل السدس للتي من قبل الام فقال له الرجل أما انك تترك التي لو ماتت وهو حي كان اياها يرث فجعل أبو بكر السدس بينهما قالوا فواجب أن لا يتعدى في هذا هذه السنة واجماع الصحابة. وأما عمدة من ورث الثلاث جدات فحديث ابن عيينة عن منصور عن ابراهيم ان النبي صلى الله عليه وسلم ورث ثلاث جدات اثنتين من قبل الاب وواحدة من قبل الام وأما ابن مسعود فعمدته القياس في تشبيهها بالجدة للاب لكن الحديث يعارضه. واختلفوا هل يحجب الجدة للاب ابنها وهو الاب فذهب زيد الى أنه يحجبها وبه قال مالك والشافعي وأبو حنيفة وداود وقال آخرون ترث الجدة مع ابنها وهو مروى عن عمر وابن مسعود وجماعة من الصحابة وبه قال شريح وعطاء وابن سيرين وأحمد وهو قول الفقهاء المصريين وعمدة من حجب الجدة بابنها أن الجد لما كان محجوبا بالاب وجب أن تكون الجدة أولى بذلك وأيضا فلما كانت أم الام لا ترث باجماع مع الام شيئاً كان كذلك أم الاب مع الاب وعمدة الفريق الثاني ما روى الشعبي عن مسروق عن عبد الله قال أول جدة أعطاها رسول الله صلى الله عليه وسلم سدسا جدة مع ابنها وابنها حي قالوا ومن طريق النظر لما كانت الام وأم الام لا يحجبن بالذكور كان ذلك حكم جميع الجدات وينبغي أن يعلم أن مالكا لا يخالف زيداً الا في فريضة واحدة وهي امرأة هلكت وتركت زوجا وأما وإخوة لام وإخوة لاب وام وجداً فقال مالك للزوج النصف وللام السدس وللجد ما بقي وهو الثلث وليس للاخوة الشقائق شيء وقال زيد للزوج النصف وللام السدس وللجد السدس وما بقي للاخوة الشقائق فخالف مالك في هذه المسئلة أصله من أن الجد لا يحجب الاخوة الشقائق ولا الاخوات للاب وحجته أنه لما حجب الاخوة للام عن الثلث الذى كانوا يستحقونه دون الشقائق كان هو أولى به. وأما زيد فعلى أصله في أنه لا يحجبهم.

﴿ باب في الحجب ﴾

وأجمع العلماء على أن الاخ الشقيق يحجب الاخ للاب وأن الاخ للاب يحجب بنى الاخ الشقيق وأن بنى الاخ الشقيق يحجبون أبناء الاخ للاب وبنو الاخ للاب أولى من بنى ابن الاخ للاب والام وبنو الاخ للاب أولى من العم أخى الاب وابن العم أخو الاب الشقيق أولى من ابن العم أخى الاب للاب وكل واحد من هؤلاء يحجبون بنيهم ومن حجب منهم صنفا فهو يحجب من يحجبه ذلك الصنف. وبالجملة أما الاخوة فالاقرب منهم يحجب الابعد فاذا استووا حجب منهم من أدلى بسببين أم وأب من أدلى بسبب واحد وهو الاب فقط وكذلك الاعمام الاقرب منهم يحجب الا بعد فان استووا حجب من يدلى منهم الى الميت بسببين من تدلى بسبب واحد أعنى انه يحجب العم الذى هو اخو الاب لاب وأم العم الذي هو أخو الاب لاب فقط. واجمعوا على ان الاخوة الشقائق والاخوة للاب يحجبون الاعمام لان الاخوة بنو أب المتوفي والاعمام بنو جده والابناء يحجبون بنيهم والآباء اجدادهم والبنون وبنوهم يحجبون الاخوة والجد يحجب من فوقه من الاجداد باجماع والاب يحجب الاخوة ويحجب من تحجبه الاخوة والجد يحجب الاعمام باجماع والاخوة للام ويحجب بنى الاخوة الشقائق وبنى الاخوة للاب والبنات وبنات بابنين يحجبن الاخوة للام . واختلف العلماء فيمن ترك ابنى عم احدهما أخ للام فقال مالك والشافعى وأبو حنيفة والثورى للاخ للام السدس من جهة ماهو أخ لام وهو في باقى المال مع ابن العم الآخر عصبة يقتسمونه بينهم على السواء وهو قول على رضى الله عنه وزيد وابن عباس وقال قوم المال كله لابن العم الذى هو أخ لام يأخذ سدسه بالاخوة وبقيته بالتعصيب لانه قد أدلى بسببين وممن قال بهذا القول من الصحابة ابن مسعود ومن الفقهاء داود وأبو ثور والطبرى وهو قول الحسن وعطاء . واختلف العلماء في رد ما بقى من مال الورثة على ذوى الفرائض اذا بقيت من المال فضلة لم تستوفها الفرائض ولم يكن هناك من يعصب فكان زيد لايقول بالرد ويجعل الفاضل في بيت المال وبه قال مالك والشافعى وقال جل الصحابة بالرد على ذوى الفروض ماعدا الزوج والزوجة وان كانوا اختلفوا في كيفية ذلك وبه قال فقهاء العراق من الكوفيين والبصريين وأجمع هؤلاء الفقهاء على أن الرد يكون لهم بقدر سهامهم فمن كان له نصف اخذ النصف مما بقى وهكذا في جزء جزء وعمدتهم أن قرابة الدين والنسب أولى من قرابة الدين فقط أى ان هؤلاء اجتمع لهم سببان وللمسلمين سبب واحد . وهنا مسائل مشهورة الخلاف بين أهل العلم فيها تعلق باسباب المواريث يجب ان نذكرها هنا فمنها أنه أجمع المسلمون

على ان الكافر لايرث المسلم لقوله تعالى « ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا » ولما ثبت من قوله عليه الصلاة والسلام : لايرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم واختلفوا في ميراث المسلم الكافر وفي ميراث المسلم المرتد فذهب جمهور العلماء من الصحابة والتابعين وفقهاء الامصار الى أنه لايرث المسلم الكافر بهذا الاثر الثابت وذهب معاذ بن جبل ومعاوية من الصحابة وسعيد بن المسيب ومسروق من التابعين وجماعة الى أن المسلم يرث الكافر وشبهوا ذلك بنسائهم فقالوا كما يجوز لنا ان ننكح نساءهم ولا يجوز لنا ان ننكحهم نساءنا كذلك الارث ورووا في ذلك حديثا مسنداً قال أبو عمر وليس بالقوى عند الجمهور وشبهوه أيضا بالقصاص في الدماء التي لا تتكافأ . وأما مال المرتد اذا قتل أو مات فقال جمهور فقهاء الحجاز هو لجماعة المسلمين ولا يرثه قرابته وبه قال مالك والشافعي وهو قول زيد من الصحابة وقال أبو حنيفة والثوري وجمهور الكوفيين وكثير من البصريين يرثه ورثته من المسلمين وهو قول ابن مسعود من الصحابة وعلى رضى الله عنهما وعمدة الفريق الاول عموم الحديث وعمدة الحنفية تخصيص العموم بالقياس وقياسهم في ذلك هو أن قرابته أولى من المسلمين لانهم يدلون بسببين بالاسلام والقرابة والمسلمون بسبب واحد وهو الاسلام وربما أكدوا بما يبقى لماله من حكم الاسلام بدليل انه لا يؤخذ في الحال حتى يموت الاما روى عن أشهب فكانت حياته معتبرة في بقاء ماله على ملكه وذلك لايكون الا بأن يكون لماله حرمة اسلامية ولذلك لم يجز ان يقر على الارتداد بخلاف الكافر وقال الشافعي وغيره يؤخذ بقضاء الصلاة اذا تاب من الردة في أيام الردة والطائفة الاخرى تقول بوقف ماله لان له حرمة اسلامية وانما وقف رجاء ان يعود الى الاسلام وان استجاب المسلمين لماله ليس على طريق الارث وشذت طائفة فقالت ماله للمسلمين عند ما يرتد وأظن ان أشهب ممن يقول بذلك . وأجمعوا على توريث أهل الملة الواحدة بعضهم بعضا واختلفوا في توريث الملل المختلفة فذهب مالك وجماعة الى ان أهل الملل المختلفة لايتوارثون كاليهود والنصارى وبه قال أحمد وجماعة وقال الشافعي وأبو حنيفة وأبو ثور والثوري وداود وغيرهم الكفار كلهم يتوارثون وكان شريح وابن أبي ليلى وجماعة يجعلون الملل التي لاتتوارث ثلاثا النصارى واليهود والصابئين ملة والمجوس ومن لا كتاب له ملة والاسلام ملة وقد روى عن ابن أبي ليلى مثل قول مالك وعمدة مالك ومن قال بقوله ماروى الثقات عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ان النبي صلى الله عليه وسلم قال : لايتوارث أهل ملتين وعمدة الشافعية والحنفية قوله عليه الصلاة والسلام : لايرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم وذلك

ان المفهوم من هذا بدليل الخطاب ان المسلم يرث المسلم والكافر يرث الكافر والقول بدليل الخطاب فيه ضعف وخاصة هنا واختلفوا في توريث الحملاء والحملاء هم الذين يحملون بأولادهم من بلاد الشرك الى بلاد الاسلام أعنى انهم يولدون فى بلاد الشرك ثم يخرجون الى بلاد الاسلام وهم يدعون تلك الولادة الموجبة للنسب وذلك على ثلاثة أقوال قول انهم يتوارثون بما يدعون من النسب وهو قول لجماعة من التابعين واليه ذهب اسحق وقول انهم لايتوارثون الا ببينة تشهد على أنسابهم وبه قال شريح والحسن وجماعة وقول أنهم لا يتوارثون أصلا وروى عن عمر الثلاثة الاقوال الا أن الاشهر عنه انه كان لا يورث الا من ولد في بلاد العرب وهو قول عثمان وعمر بن عبد العزيز وأما مالك وأصحابه فاختلف في ذلك قولهم فمنهم من رأى أن لا يورثون الا ببينة وهو قول ابن القاسم ومنهم من رأى أن لايورثون أصلا ولا بالبينة العادلة وممن قال بهذا القول من أصحاب مالك عبد الملك بن الماجشون وروى ابن القاسم عن مالك في أهل حصن نزلوا على حكم الاسلام فشهد بعضهم لبعض انهم يتوارثون وهذا يتخرج منه أنهم يتوارثون بلا بينة لان مالكا لا يجوز شهادة الكفار بعضهم على بعض قال فاما ان سبوا فلا يقبل قولهم فى ذلك وبنحو هذا التفصيل قال الكوفيون والشافعى وأحمد وأبو ثور وذلك أنهم قالوا ان خرجوا الى بلاد الاسلام وليس لاحد عليهم يد قبلت دعواهم فى انسابهم . وأما ان ادركهم السبي والرق فلا يقبل قولهم الا ببينه ففى المسئلة أربعة أقوال اثنان طرفان واثنان مفرقان وجمهور العلماء من فقهاء الامصار ومن الصحابة على وزيد وعمر ان من لايرث لايحجب مثل الكافر والمملوك والقاتل عمدا وكان ابن مسعود يحجب بهؤلاء الثلاثة دون أن يورثهم أعنى بأهل الكتاب والعبيد وبالقاتلين عمدا وبه قال داود وأبو ثور وعمدة الجمهور ان الحجب في معنى الارث وانهما متلازمان وحجة الطائفة الثانية ان الحجب لا يرتفع الا بالموت . واختلف العلماء في الذين يفقدون في حرب أو غرق أو هدم ولايدرى من مات منهم قبل صاحبه كيف يتوارثون اذا كانوا أهل ميراث فذهب مالك وأهل المدينة الى أنهم لايورث بعضهم من بعضهم وان ميراثهم جميعا لمن بقى من قرابتهم الوارثين أو لبيت المال ان لم تكن لهم قرابة ترث وبه قال الشافعي وأبو حنيفة وأصحابه فيما حكى عنه الطحاوى وذهب على وعمر رضى الله عنهما وأهل الكوفة وأبو حنيفة فيما ذكر غير الطحاوى عنهم وجمهور البصريين الى أنهم يتوارثون وصفة توريثهم عندهم أنهم يورثون كل واحد من صاحبه في أصل ماله دون ماورث بعضهم من بعض أعنى انه لا يضم الى مال الموروث ماورث من غيره فيتوارثون الكل على انه مال واحد كالحال فى الذين يعلم

تقدم موت بعضهم على بعض مثال ذلك زوج وزوجة توفيا في حرب أو غرق أوهدم ولكل واحد منهما ألف درهم فيورث الزوج من المرأة خمسمائة درهم ونورث المرأة من الالف التى كانت بيد الزوج دون الخمسمائة التى ورث منها ربعها وذلك مائتان وخمسون. ومن مسائل هـذا الباب اختلاف العلماء في ميراث ولد الملاعنة وولد الزنا فذهب أهل المدينة وزيد بن ثابت الى أن ولد الملاعنة يورث كما يورث غير ولد الملاعنة وانه ليس لامه الا الثلث والباقى لبيت المال الا أن يكون له اخوة لام فيكون لهم الثلث أو تكون أمه مولاة فيكون باقى المال لمواليها والا فالباقى لبيت مال المسلمين وبه قال مالك والشافعى وأبو حنيفة وأصحابه الا أن أبا حنيفة على مذهبه يجعل ذوى الارحام أولى من جماعة المسلمين وعلى قياس أيضا من يقول بالرد يرد على الام بقية المال وذهب على وعمر وابن مسعود الى أن عصبته عصبة أمه أعنى الذين يرثونها وروى عن على وابن مسعود انهم كانوا لا يجعلون عصبته عصبة أمه الا مع فقد الام وكانوا ينزلون الام بمنزلة الاب وبه قال الحسن وابن سيرين والثورى وابن حنبل وجماعة وعمدة الفريق الاول عموم قوله تعالى « فان لم يكن له ولد وورثه أبواه فلامه الثلث » فقالوا هذه أم وكل أم لها الثلث فهذه لها الثلث وعمدة الفريق الثانى ما روى من حديث ابن عمر عن النبى صلى الله عليه وسلم انه الحق ولد الملاعنة بامه وحديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال جعل النبى صلى الله عليه وسلم ميراث ابن الملاعنة لامه ولورثته وحديث واثلة بن الاسقع عن النبى صلى الله عليه وسلم قال: المرأة تحوز ثلاثة مول عتيقها ولقيطها وولدها الذى لاعنت عليه وحديث مكحول عن النبى صلى الله عليه وسلم بمثل ذلك خرج جميع ذلك أبوداود وغيره * قال القاضى هذه الآثار المصير اليها واجب لانها قد خصصت عموم الكتاب والجمهور على ان السنة يخصص بها الكتاب واهل الفريق الاول لم تبلغهم هذه الاحاديث أو لم تصح عندهم وهذا القول مروى عن ابن عباس وعثمان وهو مشهور في الصدر الاول واشتهاره في الصحابة دليل على صحة هذه الاثار فان هذا ليس يستنبط بالقياس والله اعلم. ومن مسائل ثبوت النسب الموجب للميراث اختلافهم فيمن ترك ابنين وأقر أحدهم بأخ ثالث وانكر الثانى فقال مالك وأبو حنيفة يجب عليه ان يعطيه حقه من الميراث يعنون المقر ولا يثبت بقوله نسبه وقال الشافعى لا يثبت النسب ولا يجب على المقر أن يعطيه من الميراث شيئا واختلف مالك وأبو حنيفة في القدر الذى يجب على الاخ المقر فقال مالك يجب عليه ما كان يجب عليه لو أقر الاخ الثانى وثبت النسب وقال ابو حنيفة يجب عليه ان يعطيه نصف ما بيده وكذلك الحكم عند مالك وابى حنيفة فيمن ترك ابنا واحداً فاقر بأخ له اخر اعنى انه لا يثبت النسب ويجب الميراث وأما الشافعى فعنه في هذه المسئلة

قولان أحدهما انه لايثبت النسب ولايجب الميراث والثانى يثبت النسب ويجب الميراث وهوالذى عليه تناظر الشافعية في المسائل الطبلولية ويجعلها مسئلة عامة وهو ان كل من يحوز المال يثبت النسب باقراره وان كان واحدا أخا أوغير ذلك وعمدة الشافعية في المسئلة الاولى وفي أحد قوليه في هذه المسئلة أعنى القول الغير المشهور ان النسب لا يثبت الا بشاهدى عدل وحيث لا يثبت فلا ميراث لان النسب أصل والميراث فرع واذا لم يوجد الاصل لم يوجد الفرع وعمدة مالك وأبى حنيفة أن ثبوت النسب هو حق متعد الى الاخ المنكر فلا يثبت عليه الا بشاهدين عدلين واما حظه من الميراث الذى بيد المقر فاقراره فيه عامل لانه حق أقربه على نفسه والحق أن القضاء عليه لا يصح من الحاكم الا بعد ثبوت النسب وأنه لا يجوز له بين الله تعالى وبين نفسه أن يمنع من يعرف انه شريكه في الميراث حظه منه. وأما عمدة الشافعية في اثباتهم النسب باقرار الواحد الذى يحوز الميراث فالسماع والقياس أما السماع فحديث مالك عن ابن شهاب عن عروة عن عائشة المتفق على صحته قالت: كان عتبة بن أبى وقاص عهد الى أخيه سعد بن أبى وقاص أن ابن الوليدة زمعة منى فاقبضه اليك فلما كان عام الفتح أخذه سعد بن أبى وقاص وقال ابن أخى قد كان عهد الى فيه فقام اليه عبد بن زمعة فقال أخى وابن وليدة أبى ولد على فراشه فتساوقاه الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال سعد يارسول الله ابن أخى قد كان عهد الى فيه فقام اليه عبد بن زمعة فقال أخى وابن وليدة أبى ولد على فراشه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم هو لك ياعبد بن زمعة ثم قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الولد للفراش وللعاهر الحجر ثم قال لسودة بنت زمعة احتجبى منه لما رأى من شبهه بعتبة بن أبى وقاص قال فما رآها حتى لقى الله عز وجل فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم لعبد بن زمعة بأخيه وأثبت نسبه باقراره اذ لم يكن هنالك وارث منازع له وأما أكثر الفقهاء فقد أشكل عليهم معنى هذا الحديث لخروجه عندهم عن الاصل المجمع عليه في اثبات النسب ولهم في ذلك تأويلات وذلك أن ظاهر هذا الحديث أنه اثبت نسبه باقرار أخيه به والاصل أن لا يثبت نسب الا بشاهدى عدل ولذلك تأول الناس في ذلك تأويلات فقالت طائفة انه انما اثبت نسبه عليه الصلاة والسلام بقول أخيه لانه يمكن أن يكون قد علم أن تلك الامة كان يطؤها زمعة بن قيس وأنها كانت فراشا له قالوا ومما يؤكد ذلك أنه كان صهره وسودة بنت زمعة كانت زوجته عليه الصلاة والسلام فيمكن أن لا يخفى عليه امرها وهذا على القول بان للقاضى ان يقضى بعلمه. ولا يليق هذا التأويل بمذهب مالك لانه لا يقضى القاضى عنده بعلمه ويليق بمذهب الشافعى على قوله الآخر أعنى الذى لايثبت

فيه النسب والذين قالوا بهذا التأويل قالوا انما امر سودة بالحجبة احتياطا للشبهة لأن ذلك كان واجبا وقال لمكان هذا بعض الشافعية ان للزوج ان يحجب الاخت عن أخيها وقالت طائفة امره بالاحتجاب لسودة دليل على أنه لم يلحق نسبه بقول عتبة ولا بعلمه بالفراش وافترق هؤلاء في تأويل قوله عليه الصلاة والسلام : هو لك فقالت طائفة انما أراد هو عبدك اذ كان ابن امة ابيك وهذا غير ظاهر لتعليل رسول الله صلى الله عليه وسلم حكمه في ذلك بقوله الولد للفراش وللعاهر الحجر وقال الطحاوى انما أراد بقوله عليه الصلاة والسلام هو لك ياعبد بن زمعة أى يدك عليه بمنزلة ماهو يدك لاقط على اللقطة وهذه التأويلات تضعف لتعليله عليه الصلاة والسلام حكمه بان قال الولد للفراش وللعاهر الحجر . وأما المعنى الذى يعتمده الشافعية في هـذا المذهب فهو ان اقرار من يحوز الميراث هو اقرار خلافة أى اقرار من حاز خلافة الميت وعند الغير انه اقرار شهادة لااقرار خلافه بان الاقرار الذى كان للميت انتقل الى هذا الذى حاز ميراثه واتفق الجمهور على ان أولاد الزنا لايلحقون بآبائهم الا في الجهلية على ماروى عن عمر بن الخطاب على اختلاف فى ذلك بين الصحابة وشذ قوم فقالوا يلتحق ولد الزنا في الاسلام أعنى الذى كان عن زنا في الاسلام واتفقوا على ان الولد لايلحق بالفراش في أقل من ستة أشهر إما من وقت العقد واما من وقت الدخول وانه يلحق من وقت الدخول الى أقصر زمان الحمل وان كان قد فارقها واعتزلها واختلفوا فى أطول زمان الحمل الذى يلحق به بالوالد الولد فقال مالك خمس سنين وقال بعض أصحابه سبع وقال الشافعى أربع سنين وقال الكوفيون سنتان وقال محمد بن الحكم سنة وقال داود ستة أشهر وهذه المسئلة مرجوع فيها الى العادة والتجربة وقول ابن عبد الحكم والظاهرية هو أقرب الى المعتاد والحكم انما يجب أن يكون بالمعتاد لا بالنادر ولعله أن يكون مستحيلا وذهب مالك والشافعى الى أن من تزوج امرأة ولم يدخل بها أو دخل بها بعد الوقت وأتت بولد لستة أشهر من وقت العقد لا من وقت الدخول انه لا يلحق به الا اذا أتت به لستة أشهر فاكثر من ذلك من وقت الدخول وقال أبو حنيفة هى فراش له ويلحقه الولد وعمدة مالك انها ليست بفراش الا بامكان الوطء وهو مع الدخول وعمدة أبى حنيفة عموم قوله عليه السلام: الولد للفراش وكانه يرى أن هذا تعبد بمنزلة تغليب الوطء الحلال على الوطء الحرام في الحاق الولد بالوطء الحلال واختلفوا من هذا الباب في اثبات النسب بالقافة وذلك عندما يطأ رجلان في طهر واحد بملك يمين او بنكاح ويتصور الحكم ايضا بالقافة في اللقيط الذى يدعيه رجلان او ثلاثة والقافة عند العرب هم قوم كانت عندهم معرفة بفصول تشابه أشخاص الناس فقال بالقافة من فقهاء

الامصار مالك والشافعي واحمد وابو ثور والأوزاعي وأبي الحكم بالقافة الكوفيون وأ كثر أهل العراق والحكم عند هؤلاء انه اذا ادعى رجلان ولذا كان الولد بينهما وذلك اذا لم يكن لاحدهما فراش مثل أن يكون لقيطا أو كانت المرأة الواحدة لكل واحد منهما فراشا مثل الامة أو الحرة يطؤها رجلان في طهر واحد وعند الجمهور من القائلين بهذا القول أنه يجوز أن يكون عندهم للابن الواحد ابوان فقط وقال محمد صاحب أبي حنيفة يجوز أن يكون ابنا لثلاثة ان ادعوه وهذا كله تخليط وابطال للمعقول والمنقول وعمدة استدلال من قال بالقافه ما رواه مالك عن سليمان بن يسار أن عمر ابن الخطاب كان يليط أولاد الجاهلية بمن استلاطهم أي بمن ادعاهم في الاسلام فاتى رجلان كلاهما يدعي ولد امرأة فدعا قائفا فنظر اليه فقال القائف لقد اشتركا فيه فضربه عمر بالدرة ثم دعا المرأة فقال اخبريني بخبرك فقالت كان هذا لاحد الرجلين يأتيني في ابل لاهلها فلا يفارقها حتى يظن ويظن أنه قد استمر بها حمل ثم انصرف عنها فاهريقت عليه دما ثم خلف عليها تعني الاخر فلا أدري أيهما هو فكبر القائف فقال عمر للغلام وال أيهما شئت قالوا فقضاء عمر بمحضر من الصحابة بالقافة من غير انكار من واحد منهم هو كالاجماع وهذا الحكم عند مالك اذا قضى القافة بالاشتراك ان يؤخر الصبي حتى يبلغ ويقال له وال ايهما شئت ولا يلحق واحد باثنين وبه قال الشافعي وقال ابو ثور يكون ابنا لهما اذا زعم القائف انهما اشتركا فيه وعند مالك انه ليس يكون ابنا للاثنين لقوله تعالى «ياأيها الناس انا خلقناكم من ذكر وأنثى» واحتج القائلون بالقافة أيضا بحديث ابن شهاب عن عروة عن عائشة قالت دخل رسول الله صلى الله عليه وسلم مسروراً تبرق أسارير وجهه فقال ألم تسمعي ماقال مجزز المدلجي لزيد واسامة ورأى أقدامهما فقال ان هذه الاقدام بعضها من بعض قالوا وهذا مروى عن ابن عباس وعن أنس بن مالك ولامخالف لهم من الصحابة وأما الكوفيون فقالوا اصل أن لايحكم لاحد المتنازعين في الولد الا ان يكون هنالك فراش لقوله عليه السلام الولد للفراش فاذا عدم الفراش أو اشتركا في الفراش كان ذلك بينهما وكانهم رأوا ذلك بنوة شرعية لا طبيعية فانه ليس يلزم من قال انه لايمكن ان يكون ابن واحد عن ابوين بالعقل أن لايجوز وقوع ذلك في الشرع وروى مثل قولهم عن عمر ورواه عبد الرزاق عن علي وقال والشافعي لايقبل في القافة الارجلان وعن مالك في ذلك روايتان احدهما مثل قول الشافعي والثانية انه يقبل قول قائف واحد والقافة في المشهور عن مالك انما يقضى بها في ملك اليمين فقط لافي النكاح وروى ابن وهب عنه مثل قول الشافعي وقال أبو عمر بن عبد البر في هذا

حديث حسن مسند أخذ به جماعة من أهل الحديث وأهل الظاهر رواه الثورى عن صالح ابن حى عن الشعبى عن زيد بن أرقم قال كان على باليمين فأتى بامرأة وطئها ثلاثة اناس في طهر واحد فسأل كل واحد منهم أن يقر لصاحبه بالولد فأبى فاقرع بينهم وقضى بالولد للذى أصابته القرعة وجعل عليه ثلثى الدية فرفع ذلك الى النبي صلى صلى الله عليه وسلم فاعجبه وضحك حتى بدت نواجذه وفي هذا القول انفاذ الحكم بالقافة والحاق بالولد بالقرعة واختلفوا في ميراث القاتل على أربعة أقوال فقال قوم لا يرث القاتل أصلا من قتله وقال آخرون يرث القاتل وهم الاقل وفرق قوم بين الخطأ والعمد فقالوا لا يرث في العمد شيئا ويرث في الخطأ الا من الدية وهو قول مالك وأصحابه وفرق قوم بين أن يكون في العمد قتل بامر واجب أو بغير واجب مثل أن يكون ممن له اقامة الحدود وبالجملة بين أن يكون ممن يتهم أو لا يتهم * وسبب الخلاف معارضة أصل الشرع في هذا المعنى للنظر المصلحى وذلك أن النظر المصلحى يقتضى أن لا يرث لئلا يتذرع للناس من المواريث الى القتل واتباع الظاهر والتعبد يوجب أن لا يلتفت الى ذلك فانه لو كان ذلك مما قصد لالتفت اليــه الشارع وما كان ربك نسيا كما تقول الظاهرية واختلفوا في الوارث الذى ليس بمسلم يسلم بعد موت موروثه المسلم وقبل قسم الميراث وكذلك ان كان موروثه على غير دين الاسلام فقال الجمهور انما يعتبر في ذلك وقت الموت فان كان اليوم الذى مات فيه المسلم وارثه ليس بمسلم لم يرثه أصلا سواء أسلم قبل قسمه الميراث أو بعده وكذلك أن كان موروثه على غــير دين الاسلام وكان الوارث يوم مات غــير مسلم ورثه ضرورة سواء كان اســلامه قبل القسم أو بعــده وقالت طائفة منهــم الحسن وقتاده وجماعة المعتبر في ذلك يوم القسم وروى ذلك عن عمر بن الخطاب وعمدة كلا الفريقين قوله صــلى الله عليه وسلم: ايما دار أو أرض قسمت في الجــاهلية فهى على قسم الجاهلية وأيما دار أو أرض ادركها الاسلام ولم تقسم فهى على قسم الاسلام فمن اعتبر وقت القسمة حكم للمقسوم في ذلك الوقت بحكم الاسلام ومن اعتبر وجوب القسمة حكم في وقت الموت للمقسوم بحكم الاسلام ويروى من حديث عطاء أن رجلا أسلم على ميراث على عهد رسول الله عليه وسلم قبل أن يقسم فأعطاه رسول الله صلى الله عليه وسلم نصيبه وكذلك الحــكم عندهم فيمن أعتق من الورثة بعــد الموت وقبل القسم فهذه هى المسائل المشهورة التى تتعلق بهــذا الكتاب قال القاضى ولما كان الميراث انما يكون بأحد ثلاثة أسباب إما بنسب أو صهر أو ولاء وكان قد قيل في الذى يكون بالنسب والصهر فيجب ان نذكر هاهنا الولاء ولمن يجب ومن يحجب فيه ممن لا يحجب وأما أحكامه.

(باب في الولاء)

فاما من يجب له الولاء ففيه مسائل مشهورة تجرى مجرى الأصول لهذا الباب .

(المسئلة الاولى) أجمع العلماء على ان من أعتق عبده عن نفسه فان ولاءه له وانه يرثه اذا لم يكن له وارث وأنه عصبة له اذا كان هنالك ورثة لايحيطون بالمال فاما كون الولاء للمعتق عن نفسه فلما ثبت من قوله عليه السلام في حديث بريرة : إنما الولاء لمن أعتق واختلفوا اذا أعتق عبده عن غيره فقال مالك الولاء للمعتق عنه لا الذى باشر العتق وقال أبو حنيفة والشافعى ان أعتقه عن علم المعتق عنه فالولاء للمعتق عنه وان أعتقه عن غير علمه فالولاء للمباشر للعتق وعمدة الحنفية والشافعية ظاهر قوله عليه الصلاة والسلام : الولاء لمن اعتق وقوله عليه الصلاة والسلام : الولاء لحمة كلحمة النسب قالوا فلما لم يجز أن يلتحق نسب بالحر بغير اذنه فكذلك الولاء ومن طريق المعنى فلان عتقه حرية وقعت في ملك المعتق فوجب ان يكون الولاء له أصله اذا اعتقه من نفسه وعمدة مالك انه اذا أعتقه عنه فقد ملكه اياه فأشبه الوكيل ولذلك اتفقوا على أنه اذا اذن له المعتق عنه كان ولاؤه للمباشر وعند مالك أنه من قال لعبده أنت حر لوجه الله وللمسلمين أن الولاء يكون للمسلمين وعندهم يكون للمعتق

(المسئلة الثانية) اختلف العلماء فيمن أسلم على يديه رجل هل يكون ولاؤه له فقال مالك والشافعى والثورى وداود وجماعة لا ولاء له وقال أبو حنيفة وأصحابه له ولاؤه اذا والاه وذلك أن من مذهبهم أن الرجل أن يوالى رجلا آخر فيرثه ويعقل عنه وأن له أن ينصرف من ولائه الى ولاء غيره مالم يعقل عنه وقال غيره بنفس الاسلام على يديه يكون له ولاؤه فعمدة الطائفة الاولى قوله صلى الله عليه وسلم : أنما الولاء لمن اعتق وانما هذه هي التى يسمونها الحاصرة وكذلك الالف واللام هي عندهم للحصر ومعنى الحصر هو أن يكون الحكم خاصا بالمحكوم عليه لا يشاركه فيه غيره أعنى أن لا يكون ولاء بحسب مفهوم هذا القول الا للمعتق فقط المباشر وعمدة الحنفية في اثبات الولاء بالموالاة قوله تعالى « ولكل جعلنا موالى مما ترك الوالدان والاقربون » وقوله تعالى « والذين عاقدت ايمانكم فآتوهم نصيبهم » وحجة من قال الولاء يكون بنفس الاسلام فقط حديث تميم الدارى قال سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المشرك يسلم على يدى مسلم فقال هو أحق الناس وأولاهم بحياته ومماته وقضى به عمر بن عبد العزيز وعمدة الفريق الاول أن قوله تعالى (والذين عاقدت أيمانكم)

منسوخة بآية المواريث وان ذلك كان في صدر الاسلام وأجمعوا على أنه لايجوز بيع الولاء ولا هبته لثبوت نهيه عليه الصلاة والسلام عن ذلك الاولاء السائبة .

(المسئلة الثانية) اختلف العلماء اذا قال السيد لعبده أنت سائبة فقال مالك ولاؤه وعقله للمسلمين وجعله بمنزلة من اعتق عن المسلمين الا ان يريد به معنى العتق فقط فيكون ولاؤه له وقال الشافعي وأبو حنيفة ولاؤه للمعتق على كل حال وبه قال أحمد وداود وأبو ثور وقالت طائفة له ان يجعل ولاءه حيث شاء وان لم يوال أحداً كان ولاؤه للمسلمين وبه قال الليث والاوزاعي وكان ابراهيم والشعبي يقولان لابأس ببيع ولاء السائبة وهبته وحجة هؤلاء هي الحجج المتقدمة في المسئلة التى قبلها : وأما من أجاز بيعه فلا أعرف له حجة في هذا الوقت .

(المسئلة الرابعة) اختلف العلماء في ولاء العبد المسلم اذا اعتقه النصرانى قبل أن يباع عليه لمن يكون فقال مالك وأصحابه ولاؤه للمسلمين فان أسلم مولاه بعد ذلك لم يعد اليه ولاؤه ولاميراثه وقال الجمهور ولاؤه لسيده فان أسلم كان له ميراثه وعمدة الجمهور أن الولاء كالنسب وانه اذا أسلم الاب بعد اسلام الابن أنه يرثه فكذلك العبد . وأما عمدة مالك فعموم قوله تعالى (ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا) فهو يقول أنه لما لم يجب له الولاء يوم العتق لم يجب له فيما بعد وأما اذا وجب له يوم العتق ثم طرأ عليه مانع من وجوبه فلم يختلفوا أنه اذا ارتفع ذلك المانع أنه يعود الولاء له ولذلك اتفقوا أنه اذا اعتق النصرانى الذمى عبده النصرانى قبل أن يسلم أحدهما ثم أسلم العبد أن الولاء يرتفع فان أسلم المولى عاد اليه وان كانوا اختلفوا في الحربى بعتق عبده وهو على دينه ثم يخرجان الينا مسلمين فقال مالك هو مولاه يرثه وقال أبو حنيفة لا ولاء بينهما وللعبد أن يوالى من شاء على مذهبه في الولاء والتحالف وخالف أشهب مالكا فقال اذا أسلم العبد قبل المولى لم يعد الى المولى ولاؤه أبداً وقال ابن القاسم يعود وهو معنى قول مالك لان مالكا يعتبر وقت العتق وهذه المسائل كلها هي مفروضة في القول لا تقع بعد فانه ليس من دين النصارى أن يسترق بعضهم بعضا ولا من دين اليهود فيما يعتقدونه في هذا الوقت ويزعمون أنه من مللهم

(المسئلة الخامسة) أجمع جمهور العلماء على أن النساء ليس لهن مدخل في وراثة الولاء الامن باشرن عتقه بأنفسهن اوماجر اليهن من باشرن عتقه امابولاء اوبنسب مثل معتق معتقها أو ابن معتقها وانهن لايرثن معتق من يرثنه الا ما حكي عن شريح وعمدته انه لما كان لها ولاء مااعتقت بنفسها كان لها ولاء مااعتقه موروثها قياسا على الرجل وهذا هو الذى يعرفونه بقياس المعنى وهو أرفع مراتب القياس وانما الذى يوهنه الشذوذ وعمدة

الجمهور ان الولاء انما وجب للنعمة التى كانت للمعتق على المعتق وهذه النعمة انما توجد فيمن باشر العتق أو كان من سبب قوى من اسبابه وهم العصبة

قال القاضي واذ قد تقرر من له ولاء ممن ليس له ولاء فبقى النظر فى ترتيب اهل الولاء في الولاء فمن اشهر مسائلهم في هـذا الباب المسئلة التى يعرفونهـا بالولاء للكبر مثال ذلك رجـل اعتق عبداً ثم مات ذلك الرجل وترك اخوين اوابنين ثم مات احد الاخوين وترك ابنا أواحـد الابنين فقال الجمهور فى هذه المسئلة أن حظ الاخ الميت من الولاء لايرثه عنه ابنه وهو راجع الى اخيه لانه احق به من ابنه بخلاف الميراث لان الحجب في الميراث يعتبر بالقرب من الميت وهنا بالقرب من المباشر للعتق وهو مروى عن عمر بن الخطاب وعلى وعثمان وابن مسعود وزيد ابن ثابت من الصحابة وقال شريح وطائفة من أهل البصرة حق الاخ الميت في هذه المسئلة لبنيه وعمدة هؤلاء تشبيه الولاء بالميراث وعمدة الفريق الاول أن الولاء نسب مبدؤه من المباشر ومن مسائلهم المشهورة في هذا الباب المسئلة التى تعرف بجر الولاء وصورتها أن يكون عبدله بنون من أمة فاعتقت الامة ثم أعتق العبد بعد ذلك فان العلماء اختلفوا لمن يكون ولاء البنين اذا أعتق الاب وذلك أنهم اتفقوا على أن ولاءهم بعد عتق الام اذا لم يمس المولود الرق في بطن أمه وذلك يكون اذا تزوجها العبد بعد العتق وقبل عتق الاب هو لمو الى الام واختلفوا اذا اعتق الاب هل يجر ولاء بنيه لمواليه أم لايجز فذهب الجمهور ومالك وأبو حنيفة والشافعى وأصحابهم الى أنه يجزوبه قال على رضى الله عنه وابن مسعود والزبير وعثمان بن عفان وقال عطاء وعكرمة وابن شهاب وجماعة لايجر ولاء وروى عن عمر وقضى به عبدالملك بن مروان لما حدثه به قبيصة بن ذؤيب عن عمر بن الخطاب وان كان قدروى عن عمر مثل قول الجمهور وعمدة الجمهور أن الولاء مشبه بالنسب والنسب للاب دون الام وعمدة الفريق الثانى أن البنين لما كانوا في الحرية تابعين لامهم كانوا في موجب الحرية تابعين لها وهو الولاء وذهب مالك الى أن الجد يجر ولاء حفدته اذا كان أبوهم عبدا الا أن يعتق الاب وبه قال الشـافعى وخالفه في ذلك الكوفيون واعتمدوا فى ذلك على أن ولاء الجد انما يثبت لمعتق الجد على البنين من جهة الاب واذا لم يكن للاب ولاء فأحرى أن لايكون للجد وعمدة الفريق الثانى أن عبودية الاب هى كموته فوجب أن ينتقل الولاء الى أبى الاب ولا خلاف بين من يقول بان الولاء للعصبة فيما أعلم أن الابناء أحق من الآباء وأنه لاينتقل الى العمود الاعلى الا اذا فقد العمود الاسفل بخلاف الميراث لان البنوة عندهم أقوى تعصيبا من الابوة والاب أضعف تعصيبا والاخوة وبنوهم اقعد عند مالك من الجد وعنـد

الشافعي وأبي حنيفة الجد أقعد منهم * وسبب الخلاف من أقرب نسبا وأقوى تعصيبا وليس يورث بالولاء جزء مفروض وانما يورث تعصيبا فاذا مات المولى الاسفل ولم يكن له ورثه اصلا أوكان له ورثه لايحيطون بالميراث كان عاصبة المولى الاعلى وكذلك يعصب المولى الاعلى كل من للمولى الاعلى عليه ولادة نسب أعني بناته وبنيه وبني بنيه وفي هذا الباب مسئلة مشهورة وهي اذا ماتت امرأة ولها ولاء وولد وعصبة لمن ينقل الولاء فقالت طائفة لعصبتها لانهم الذين يعقلون عنها والولاء للعصبة وهو قول علي بن أبي طالب وقال قوم لابنها وهو قول عمر ابن الخطاب وعليه فقهاء الامصار . وهو مخالف لاهل هذا السلف لان ابن المرأة ليس من عصبتها تم كتاب الفرائض والولاء والحمد لله حق حمده

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

(وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما)

﴿ كتاب العتق ﴾

والنظر في هذا الكتاب فيمن يصح عتقه ومن لا يصح ومن يلزمه ومن لا يلزمه أعني بالشرع وفي الفاظ العتق وفي الايمان به وفي أحكامه وفي الشروط الواقعة فيه ونحن فانما نذكر من هذه الابواب مافيها من المسائل المشهورة التي يتعلق أكثرها بالمسموع. فامامن يصح عتقه فانهم أجمعوا على انه يصح عتق المالك التام الملك الصحيح الرشيد القوي الجسم الغني غير العديم واختلفوا في عتق من أحاط الدين بماله وفي عتق المريض وحكمه فامامن أحاط الدين بماله فان العلماء اختلفوا في جواز عتقه فقال أكثر أهل المدينة مالك وغيره لايجوز ذلك وبه قال الاوزاعي والليث وقال فقهاء العراق ذلك جائز حتى يحجر عليه الحاكم وذلك عند من يرى التحجير منهم وقد يتخرج عن مالك في ذلك الجواز قياسا على ما روي عنه في الرهن أنه يجوز وان أحاط الدين بمال الراهن مالم يحجر عليه الحاكم وعمدة من منع عتقه ان ماله في تلك الحال مستحق للغرماء فليس له ان يخرج منه شيء بغير عوض وهي العلة التي بها يحجر الحاكم عليه التصرف والاحكام يجب ان توجد مع وجود عللها وتحجير الحاكم ليس بعلة وانما هو حكم واجب من موجبات العلة

فلا اعتبار بوقوعه وعمدة الفريق الثاني أنه قد انعقد الاجماع على أن له ان يطأ جاريته ويحبلها ولا يرد شيئاً مما انفقه من ماله على نفسه وعياله حتى يضرب الحاكم على يديه فوجب ان يكون حكم تصرفاته هذا الحكم وهذا هو قول الشافعي ولا خلاف عند الجميع انه لا يجوز ان يعتق غير المحتلم مالم تكن وصية منه وكذلك المحجور ولا يجوز عند العلماء عتقه لشيء من مماليكه الا مالكا وأكثر أصحابه فانهم اجاز واعتقه لام ولده . وأما المريض فالجمهور على ان عتقه ان صح وقع وان مات كان من الثلث وقال أهل الظاهر هو مثل عتق الصحيح وعمدة الجمهور حديث عمران بن الحصين أن رجلا اعتق ستة اعبد له الحديث على ماتقدم . وأما من يدخل عليهم العتق كرها فهم ثلاثة من بعض العتق وهذا متفق عليه في أحد قسميه واثنان مختلف فيهما رهما من ملك من يعتق عليه ومن مثل بعبده فامامن بعض العتق فانه ينقسم قسمين ، أحدهما من وقع تبعيض العتق منه وليس له من العبد إلا الجزء المعتق والثاني أن يكون يملك العبد كله ولكن بعض عتقه اختياراً منه فاما العبد بين الرجلين يعتق أحدهما حظه منه فان الفقهاء اختلفوا في حكم ذلك فقال مالك والشافعي وأحمد ابن حنبل ان كان المعتق موسرا قوم عليه نصيب شريكه قيمة العدل فدفع ذلك الى شريكه وعتق الكل عليه وكان ولاؤه له وان كان المعتق معسراً لم يلزمه شيء وبقي المعتق بعضه عبدا وأحكامه أحكام العبد وقال أبو يوسف ومحمد ان كان معسراً سعى العبد في قيمته للسيد الذي لم يعتق حظه منه وهو حر يوم أعتق حظه منه الاول ويكون ولاؤه للأول وبه قال الأوزاعي وابن شبرمة وابن أبي ليلى وجماعة الكوفيين الا ان ابن شبرمة وابن أبي ليلى جعلا للعبد ان يرجع على المعتق بما سعى فيه متى أيسر وأما شريك المعتق فان الجمهور على أن له الخيار في أن يعتق أو يقوم نصيبه على المعتق وقال أبو حنيفة لشريك الموسر ثلاث خيارات ، أحدها ان يعتق كما أعتق شريكه ويكون الولاء بينهما وهذا لا خلاف فيه بينهم ، والخيار الثاني أن تقوم عليه حصته ، والثالث ان يكلف العبد السعي في ذلك ان شاء ويكون الولاء بينهما وللسيد المعتق عبده عنده اذا قوم عليه شريكه نصيبه ان يرجع على العبد فيسعى فيه ويكون الولاء كله للمعتق وعمدة مالك والشافعي حديث ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : من أعتق شركا له في عبد وكان له مال يبلغ ثمن العبد قوم عليه قيمة العدل فاعطى شركاءه حصصهم وعتق عليه العبد والا فقد عتق منه ماعتق وعمدة محمد وأبي يوسف صاحبي أبي حنيفة ومن يقول بقولهم حديث أبي هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : من أعتق شقصاً له في عبد فخلاصه في ماله ان كان له مال فان لم يكن له مال استسعى

العبد غير مشقوق عليه وكلا الحديثين خرجه أهل الصحيح البخارى ومسلم وغيرهما ولكل طائفة منهم قول في ترجيح حديثه الذى أخذ به فما وهنت به الكوفية حديث ابن عمر أن بعض رواته شك في الزيادة المعارضة فيه لحديث أبى هريرة وهو قوله والا فقد عتق منه ما عتق فهو من قوله عليه السلام أم من قول نافع وان في ألفاظه أيضا بين رواته اضطرابا ومما وهن به المالكيون حديث أبى هريرة انه اختلف أصحاب قتادة فيه على قتادة فى ذكر السعاية . وأما من طريق المعنى فاعتمدت المالكية في ذلك على انه انما لزم السيد التقويم ان كان له مال للضرر الذى أدخله على شريكه والعبد لم يدخل ضرر افليس يلزمه شيء وعمدة الكوفيين من طريق المعنى ان الحرية حق اما شرعى لايجوز تبعيضه فاذا كان الشريك المعتق موسرا عتق الكل عليه واذا كان معسراً سعى العبد في قيمته وفيه مع هذا رفع الضرر الداخل على الشريك وليس فيه ضرر على العبد وربما أتوا بقياس شبهى وقالوا لما كان العتق يوجد منه في الشرع نوعان . نوع يقع بالاختيار وهو اعتاق السيد عبده ابتغاء ثواب الله ونوع يقع بغير اختيار وهو أن يعتق على السيد من لايجوزله بالشريعة ملكه وجب ان يكون العتق بالسعى كذلك فالذى بالاختيار منه هو الكتابة والذى هو داخل بغير اختيار هو السعى.واختلف مالك والشافعى في أحد قوليه اذا كان المعتق موسراً هل يعتق عليه نصيب شريكه بالحكم أو بالسراية أعنى انه يسرى وجوب عتقه عليه بنفس العتق فقالت الشافعية يعتق بالسراية وقالت المالكية بالحكم واحتجت المالكية بانه لوكان واجبا بالسراية لسرى مع العدم واليسر واحتجت الشافعية باللازم عن مفهوم قوله عليه الصلاة والسلام : قوم عليه قيمة العدل فقالوا ما يجب تقويمه فانما يجب بعد اتلافه فاذن بنفس العتق أتلف حظ صاحبه فوجب عليه تقويمه فى وقت الاتلاف وان لم يحكم عليه بذلك حاكم وعلى هذا فليس للشريك أن يعتق نصيبه لانه قد نفذ العتق وهذا بين وقول أبى حنيفة في هذه المسئلة مخالف لظاهر الحديثين وقد روى فيها خلاف شاذ فقيل عن ابن سيرين أنه جعل حصة الشريك في بيت المال وقيل عن ربيعة فيمن أعتق نصيبا له فى عبد أن العتق باطل وقال قوم لا يقوم على المعسر الكل وينفذ العتق فيمن أعتق وقال قوم بوجوب التقويم على المعتق موسراً أو معسراً ويتبعه شريكه وسقط العسر في بعض الروايات في حديث ابن عمر وهذا كله خلاف الاحاديث ولعلهم لم تبلغهم الاحاديث واختلف قول مالك من هذا في فرع وهو اذا كان معسراً فتأخر الحكم عليه باسقاط التقويم حتى أيسر فقيل يقوم وقيل لا يقوم واتفق القائلون بهذه الآثار على أن

من ملك باختياره شقصا يعتق عليه من عبد أنه يعتق عليه الباقي ان كان موسراً الا اذا ملكه بوجه لا اختيار له فيه وهو أن يملكه بميراث فقال قوم يعتق عليه في حال اليسر وقال قوم لا يعتق عليه وقال قوم في حال اليسر بالسعاية وقال قوم لا ۞ واذا ملك السيد جميع العبد فأعتق بعضه فجمهور علماء الحجاز والعراق مالك والشافعي والثوري والاوزاعي وأحمد وابن أبي ليلى ومحمد بن الحسن وأبو يوسف يقولون يعتق عليه كله وقال أبو حنيفة وأهل الظاهر يعتق منه ذلك القدر الذي عتق ويسعى العبد في الباقي وهو قول طاوس وحماد وعمدة استدلال الجمهور أنه لما ثبتت السنة في اعتاق نصيب الغير على الغير لحرمة العتق كان أحرى ان يجب ذلك عليه في ملكه وعمدة أبي حنيفة أن سبب وجوب العتق على المبعض للعتق هو الضرر الداخل على شريكه فاذا كان ذلك كله ملكا له لم يكن هنالك ضرر ۞ فسبب الاختلاف من طريق المعنى هل علة هذا الحكم حرمة العتق أعني ان لا يقع فيه تبعيض أو مضرة الشريك واحتجت الحنفية بما رواه اسماعيل بن أمية عن أبيه عن جده أنه أعتق نصف عبده فلم ينكر رسول الله صلى الله عليه وسلم عتقه . ومن عمدة الجمهور مارواه النسائي وأبو داود عن أبي المليح عن أبيه أن رجلا من هذيل أعتق شقصا له من مملوك فتمم النبي عليه الصلاة والسلام عتقه وقال ليس لله شريك وعلى هذا فقد نص على العلة التي تمسك بها الجمهور وصارت علتهم أولى لان العلة المنصوص عليها أولى من المستنبطة ۞ فسبب اختلافهم تعارض الآثار في هذا الباب وتعارض القياس واما الاعتاق الذي يكون بالمثلة فان العلماء اختلفوا فيه فقال مالك والليث والاوزاعي من مثل بعبده أعتق عليه وقال أبو حنيفة والشافعي لا يعتق عليه وشذ الاوزاعي فقال من مثل بعبد غيره أعتق عليه والجمهور على انه يضمن مانقص من قيمة العبد فمالك ومن قال بقوله اعتمد حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ان زنباعا وجد غلاما له مع جارية فقطع ذكره وجدع أنفه فأتى النبي صلى الله عليه وسلم فذكر ذلك له فقال له النبي صلى الله عليه وسلم ما حملك على مافعلت فقال فعل كذا وكذا فقال النبي صلى الله عليه وسلم اذهب فأنت حر وعمدة الفريق الثاني قوله صلى الله عليه وسلم في حديث ابن عمر : من لطم مملوكه أو ضربه فكفارته عتقه قالوا فلم يلزم العتق في ذلك وانما ندب اليه ولهم من طريق المعنى ان الاصل في الشرع هو انه لا يكره السيد على عتق عبده الا ما خصصه الدليل وأحاديث عمرو ابن شعيب مختلف في صحتها فلم يبلغ في القوة ان يخصص بها مثل هذه القاعدة وأما هل يعتق على الانسان احد من قرابته وان عتق فمن يعتق فانهم اختلفوا في ذلك

فجمهور العلماء على انه يعتق على الرجل بالقرابة الا داود وأصحابه فانهم لم يروا ان يعتق أحد على أحدمن قبل قربى والذين قالوا بالعتق اختلفوا فيمن يعتق ممن لا يعتق بعد اتفاقهم على أنه يعتق على الرجل أبوه وولده فقال مالك يعتق على الرجل ثلاثة، أحدها أصوله وهم الآباء والاجداد والجدات والامهات لو آباؤهم وأمهاتهم وبالجملة كل من كان له على الانسان ولادة . والثانى فروعه وهم الابناء والبنات وولدهم ما سلفوا وسواء فى ذلك ولد البنين وولد البنات وبالجملة كل من للرجل عليه ولادة بغير توسط أو بتوسط ذكر أو انثى، والثالث الفروع المشاركة له فى أصله القريب وهم الاخوة وسواء كانوا لاب وأم أو لاب فقط أو لام فقط واقتصر من هذا العمود على القريب فقط فلم يوجب عتق بنى الاخوة .وأما الشافعى فقال مثل قول مالك فى العمودين الاعلى والاسفل وخالفه فى الاخوة فلم يوجب عتقهم . وأما أبو حنيفة فاوجب عتق كل ذى رحم محرم بالنسب كالعم والعمة والخال والخالة وبنات الاخ ومن أشبهم ممن هو من الانسان ذو محرم * وسبب اختلاف أهل الظاهر مع الجمهور اختلافهم فى مفهوم الحديث الثابت وهو قوله عليه السلام : لايجزى ولد عن والده الا ان يجده مملوكا فيشتريه فيعتقه خرجه مسلم والترمذى وأبو داود وغيرهم فقال الجمهور يفهم من هذا انه اذا اشتراه وجب عليه عتقه وانه ليس يجب عليه شراؤه وقالت الظاهرية المفهوم من الحديث انه ليس يجب عليه شراؤه ولا عتقه اذا اشتراه قالوا لان اضافة عتقه اليه دليل على صحة ملكه له ولو كان ماقالوا صوابا لكان اللفظ الاان يشتريه فيعتق عليه وعمدة الحنفية مارواه قتادة عن الحسن عن سمرة أن النبى صلى الله عليه وسلم قال: من ملك ذارحم محرم فهو حر وكان هذا الحديث لم يصح عند مالك والشافعى وقاس مالك الاخوة على الابناء والاباء ولم يلحقهم بهم الشافعى واعتمد الحديث المتقدم فقط وقاس الابناء على الاباء وقد رامت المالكية أن تحتج لمذهبها بان البنوة صفة هى ضد العبودية وانه ليس يجتمع معها لقوله تعالى (وما ينبغى للرحمن أن يتخذ ولدا ان كل من فى السموات والارض الا آتى الرحمن عبدا) وهذه العبودية هى معنى غير العبودية التى يحتجون بها فان هذه عبودية معقولة وبنوة معقولة العبودية التى بين المخلوقين والمولاية هى عبودية بالشرع لا بالطبع أعنى بالوضع لا بمجال العقل كما يقولون فيها عندهم وهو احتجاج ضعيف وانما أراد الله تعالى ان البنوة تساوى الابوة فى جلس الوجود أو فى نوعه أعنى ان الموجودين اللذين أحدهما أب والاخر ابن هما متقاربان جدا حتى انهما اما أن يكونا من نوع واحد أو من جلس واحد وما دون الله من الموجودات فليس يجتمع معه سبحانه فى جلس قريب ولا بعيد بل التفاوت بينهما غاية التفاوت فلم يصح أن يكون فى الموجودات التى ههنا شىء نسبته اليه نسبة

الاب الى الابن بل ان نسبة الموجودات اليه نسبة العبد الى السيد أقرب الى حقيقة الامر من نسبة الابن الى الاب لان التباعد الذى بين السيد والعبد فى المرتبة أشد من التباعد الذى بين الاب والابن وعلى الحقيقة فلا شبه بين النسبتين لكن لما لم يكن فى الموجوات نسبة أشد تباعداً من هذه النسبة أعنى تباعد طرفيهما فى الشرف والخسة ضرب المثال بها أعنى نسبة العبد للسيد ومن لحظ المحبة التى بين الاب والابن والرحمة والرأفة والشفقة أجاز أن يقول فى الناس أنهم أبناء الله على ظاهر شريعة عيسى. فهذه جملة المسائل المشهورة التى تتعلق الذى يدخل على الانسان بغير اختياره .وقد اختلفوا من أحكام العتق فى مسئلة مشهورة تتعلق بالسماع وذلك ان الفقهاء اختلفوا فيمن أعتق عبيدا له فى مرضه أو بعد موته ولا مال له غيرهم فقال مالك والشافعى وأصحابهما وأحمد وجماعة اذا أعتق فى مرضه ولامال له سواهم قسموا ثلاثة أجزاء وعتق منهم جزء بالقرعة بعد موته وكذلك الحكم فى الوصية بعتقهم وخالف أشهب وأصبغ مالكا فى العتق المبتل فى المرض فقالا جميعا انما القرعة فى الوصية وأما حكم العتق المبتل فهو كحكم المدبر ولا خلاف فى مذهب مالك ان المدبرين فى كلمة واحدة اذا ضاق عنهم الثلث أنه يعتق من كل واحد منهم بقدر حظه من الثلث وقال أبوحنيفة وأصحابه فى العتق المبتل اذا ضاق عنه الثلث أنه يعتق من كل واحد منهم ثلثه وقال الغير بل يعتق من الجميع ثلثه فقوم من هؤلاء اعتبروا فى ثلث الجميع القيمة وهو مذهب مالك والشافعى وقوم اعتبروا العدد فعند مالك اذا كانوا ستة أعبد مثلا عتق منهم الثلث بالقيمة كان الحاصل فى ذلك اثنين منهم أو أقل أو أكثر وذلك أيضا بالقرعة بعد أن يجبروا على القسمة أثلاثا وقال قوم بل المعتبر العدد فان كانوا ستة عتق منهم اثنان وان كانوا مثلا سبعة عتق منهم اثنان وثلث فعمدة أهل الحجاز مارواه أهل البصرة عن عمران بن الحصين ان رجلا أعتق ستة مملوكين عند موته ولم يكن له مال غيرهم فدعا رسول الله صلى الله عليه وسلم فجزأهم أثلاثا ثم أقرع بينهم فاعتق اثنين وأرق أربعة خرجه البخارى ومسلم مسندا وأرسله مالك وعمدة الحنفية ماجرت به عادتهم من رد الآثار التى تأتى بطرق الآحاد اذا خالفتها الاصول الثابتة بالتواتر وعمدتهم انه قد أوجب السيد لكل واحد منهم العتق تاما فلو كان له مال لنفذ باجماع فاذا لم يكن له مال وجب ان ينفذ لكل واحد منهم بقدر الثلث الجائز فعل السيد فيه وهذا الاصل ليس بينا من قواعد الشرع فى هذا الموضع وذلك انه يمكن ان يقال انه اذا اعتق من كل واحد منهم الثلث دخل الضرر على الورثة والعبيد المعتقين وقد الزم الشرع مبعض العتق ان يتمم عليه.

فلما لم يمكن ههنا ان يتم عليه جمع في اشخاص باعيانهم لكن متى اعتبرت القيمة في ذلك دون العدد افضت الى هذا الاصل وهو تبعيض العتق فلذلك كان الاولى ان يعتبر العدد وهو ظاهر الحديث وكان الجزء المعتق في كل واحد منهم هو حق لله فوجب ان يجمع في أشخاص باعيانهم أصله حق الناس. واختلفوا في مال العبد اذا أعتق لمن يكون فقالت طائفة المال للسيد وقالت طائفة ماله تبع له وبالاول قال ابن مسعود من الصحابة ومن الفقهاء أبو حنيفة والثورى وأحمد واسحق وبالثانى قال ابن عمر وعائشة والحسن وعطاء ومالك وأهل المدينة والحجة لهم حديث ابن عمر ان النبي صلى الله عليه وسلم قال: من أعتق عبداً فماله له الا ان يشترط السيد ماله . وأما الفاظ العتق فان منها صريحا ومنها كناية عند أكثر فقهاء الامصار الالفاظ الصريحة فهو أن يقول أنت حر أو أنت عتيق وما تصرف من هذه فهذه الألفاظ تلزم السيد باجماع من العلماء وأما الكناية فهي مثل قول السيد لعبده لا سبيل لى عليك أو لا ملك لى عليك فهذه ينوى فيها سيد العبد هل أراد به العتق أم لا عند الجمهور ومما اختلفوا فيه في هذا الباب اذا قال السيد لعبده يابنى أو لامته يابنتى أو قال ياأبى أو ياأمى فقال قوم وهم الجمهور لا عتق يلزمه وقال أبو حنيفة يعتق عليه وشذ زفر فقال لو قال السيد لعبده هـذا ابنى عتق عليه وان كان العبد له عشرون سنة وللسيد ثلاثون سنة ومن هذا الباب اختلافهم فيمن قال لعبده ما أنت إلا حر فقال قوم هو ثناء عليه وهم الاكثر وقال قوم هو حر وهو قول الحسن البصرى ومن هذا الباب أيضا من نادى عبدا من عبيده باسمه فاستجاب له عبد آخر فقال له أنت حر وقال انمـا أردت الاول فقيل يعتقان عليه جميعا وقيل ينوى واتفقوا على أن من أعتق ما في بطن أمته فهو حر دون الام واختلفوا فيمن أعتق أمة واستثنى ما في بطنها فقالت طائفة له استثناؤه وقالت طائفة هما حران واختلفوا في سقوط العتق بالمشيئة فقالت طائفة لا استثناء فيه كالطلاق وبه قال مالك وقال قوم يؤثر فيه الاستثناء كقولهم في الطلاق أعني قول القائل لعبده أنت حر ان شاء الله وكذلك اختلفوا في وقوع العتق بشرط الملك فقال مالك يقع وقال الشافعى وغيره لا يقع وحجتهم قوله عليه الصلاة والسلام : لا عتق فيما لا يملك ابن آدم وحجة الفرقة الثانية تشبيههم اياه باليمين وألفاظ هذا الباب شبيهة بالفاظ الطلاق وشروطه كشروطه وكذلك الايمان فيه شبيهة بايمان الطلاق . وأما أحكامه فكثيرة منها أن الجمهور على أن الابناء تابعون في العتق والعبودية للام وشذ قوم فقالوا الا أن يكون الاب عربيا ومنها اختلافهم في العتق الى أجل فقال قوم ليس له أن يطأها ان كانت جارية ولا يبيع ولا يهب وبه قال مالك وقال قوم له جميع ذلك وبه قال الاوزاعى والشافعى واتفقوا على جواز اشتراط

الخدمة على المعتق مدة معلومة بعد العتق وقبل العتق واختلفوا فيمن قال لعبده ان بعتك فانت حر فقال قوم لا يقع عليه العتق لانه اذا باعه لم يملك عتقه وقال قوم ان باعه يعتق عليه أعني من مال البائع اذا باعه وبه قال مالك والشافعي وبالاول قال أبو حنيفة وأصحابه والثوري وفروع هذا الباب كثيرة وفي هذا كفاية .

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

(وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما)

﴿ كتاب الكتابة ﴾

والنظر الكلي في الكتابة ينحصر في أركانها وشروطها وأحكامها : أما الاركان فثلاثة العقد وشروطه وصفته والعاقد والمعقود عليه وصفاتهما ونحن نذكر المسائل المشهورة لاهل الامصار في جنس جنس من هذه الاجناس .

﴿ القول في مسائل العقد ﴾

فمن مسائل هذا الجنس المشهورة اختلافهم في عقد الكتابة هل هو واجب أو مندوب اليه فقال فقهاء الامصار إنه مندوب وقال أهل الظاهر هو واجب واحتجوا بظاهر قوله تعالى (فكاتبوهم ان علمتم فيهم خيرا) والامر على الوجوب وأما الجمهور فانهم لما رأوا ان الاصل هو ان لا يجبر أحد على عتق مملوكه حملوا هذه الآية على الندب لئلا تكون معارضة لهذا الاصل وأيضا فانه لما لم يكن للعبد أن يحكم له على سيده بالبيع له وهو خروج رقبته عن ملكه بعوض فاحرى أن لا يحكم له عليه بخروجه عن غير عوض هو مالكه وذلك ان كسب العبد هو للسيد وهذه المسألة هي أقرب أن تكون من أحكام العقد من أن تكون من أركانه وهذا العقد بالجملة هو أن يشتري العبد نفسه وماله من سيده بمال يكتسبه العبد فاركان هذا العقد الثمن والمثمون والاجل والالفاظ الدالة على هذا العقد فاما الثمن فانهم اتفقوا على أنه يجوز اذا كان معلوما بالعلم الذي يشترط في البيوع واختلفوا اذا كان في لفظه ابهام ما فقال أبو حنيفة ومالك يجوز أن يكاتب عبده على جارية أو عبد من غير أن يصفهما ويكون له الوسط من العبيد وقال الشافعي لا يجوز حتى يصفه فمن اعتبر في هذا طلب المغابنة شبهه بالبيوع ومن رأى أن هذا العقد مقصوده المكارمة

وعدم التشاح جوز فيه الغرر اليسير كحال اختلافهم في الصداق ومالك يجيز بين العبد وسيده من جنس الربا مالا يجوز بين الاجنبي والاجنبي من مثل بيع الطعام قبل قبضه وفسخ الدين في الدين وضع وتعجل ومنع ذلك الشافعي وأحمد وعن أبي حنيفة القولان جميعا وعمدة من أجازه أنه ليس بين السيد وعبده ربا لانه وماله له وانما الكتابة سنة على حدتها وأما الاجل فانهم اتفقوا على أنه يجوز ان تكون مؤجلة واختلفوا في هل تجوز حالة وذلك أيضا بعد اتفاقهم على انها تجوز حالة على مال موجود عند العبد وهي التي يسمونها قطاعة لا كتابة واما الكتابة فهي التي يشتري العبد فيها ماله ونفسه من سيده بمال يكتسبه فموضع الخلاف انما هو هل يجوز أن يشترى نفسه من سيده بمال حال ليس بيده فقال الشافعي هذا الكلام لغو وليس يلزم السيد منه شيء وقال متأخروا أصحاب مالك قد لزمت الكتابة للسيد ويرفعه العبد الى الحاكم فينجم عليه المال بحسب حال العبد وعمدة المالكية أن السيد قد أوجب له هذه الكتابة الا انه اشترط فيها شرطا يتعذر غالبا فصح العقد وبطل الشرط وعمدة الشافعية ان الشرط الفاسد يعود ببطلان اصل العقد كمن باع جاريته واشترط أن لا يطأها وذلك أنه اذا لم يكن له مال حاضر أدى الى عجزه وذلك ضد مقصود الكتابة وحاصل قول المالكية يرجع الى أن الكتابة من أركانها أن تكون منجمة وأنه اذا اشترط فيها ضد هذا الركن بطل الشرط وصح العقد واتفقوا على أنه اذا قال السيد لعبده قد كاتبتك على الف درهم فاذا أديتها فانت حر أنه اذا أداها حر واختلفوا اذا قال له قد كاتبتك على الف درهم وسكت هل يكون حراً دون أن يقول فاذا أديتها فانت حر فقال مالك وأبو حنيفة هو حر لان اسم الكتابة لفظ شرعي فهو يتضمن جميع أحكامه وقال قوم لا يكون حرا حتى يصرح بلفظ الاداء واختلف في ذلك قول الشافعي ومن هذا الباب اختلاف قول ابن القاسم ومالك فيمن قال لعبده انت حر وعليك الف دينار فاختلف المذهب في ذلك فقال مالك يلزمه وهو حر وقال ابن القاسم هو حر ولا يلزمه واما ان قال انت حر على ان عليك الف دينار فاختلف المذهب في ذلك فقال مالك هو حر والمال عليه كغريم من الغرماء وقيل العبد بالخيار فان أختار الحرية لزمه المال ونفذت الحرية والا بقي عبداً وقيل ان قبل كانت كتابة يعتق اذا ادى والقولان لابن القاسم وتجوز الكتابة عند مالك على عمل محدود وتجوز عنده الكتابة المطلقة ويرد ان الى كتابة مثله كالحال في النكاح وتجوز الكتابة عنده على قيمة العبد أعني كتابة مثله في الزمان والثمن ومن هنا قيل انه تجوز عنده الكتابة الحالة واختلف هل من شرط هذا العقد ان يضع السيد من آخر انجم الكتابة شيئا عن المكاتب لاختلافهم في مفهوم قوله تعالى

(وآتوهم من مال الله الذى آتاكم) وذلك أن بعضهم رأى ان السادة هم المخاطبون بهذه الآية ورأى بعضهم انهم جماعة المسلمين ندبوا العون المكاتبين والذين رأوا ذلك اختلفوا اهل ذلك على الوجوب او على الندب والذين قالوا بذلك اختلفوا في القدر الواجب فقال بعضهم ماينطلق عليه اسم شيء وبعضهم حده واما المكاتب ففيه مسائل إحداها هل تجوز كتابة المراهق وهل يجمع في الكتابة الواحدة اكثر من عبد واحد وهل تجوز كتابة من يملك في العبد بعضه بغير اذن شريكه وهل تجوز كتابة من لايقدر على السعي وهل تجوز كتابة من فيه بقية رق فأما كتابة المراهق القوى على السعي الذى لم يبلغ الحلم فاجازها أبوحنيفة ومنعها الشافعى الا للبالغ وعن مالك القولان جميعا فعمدة من اشترط البلوغ تشبيهها بسائر العقود وعمدة من لم يشترطه أنه يجوز بين السيد وعبده مالايجوز بين الاجانب وان المقصود من ذلك انما هو القوة على السعي وذلك موجود في غير البالغ وأما هل يجمع في الكتابة الواحدة أكثر من عبد واحد فان العلماء اختلفوا في ذلك ثم اذا قلنا بالجمع فهل يكون بعضهم حملاء عن بعض بنفس الكتابة حتى لايعتق واحد منهم إلا بعتق جميعهم فيه أيضا خلاف فاما هل يجوز الجمع فان الجمهور على جواز ذلك ومنعه قوم وهو أحد قولى الشافعى وأما هل يكون بعضهم حملاء عن بعض فان فيه لمن أجاز الجمع ثلاثة أقوال فقالت طائفة ذلك واجب بمطلق عقد الكتابة أعنى حمالة بعضهم عن بعض وبه قال مالك وسفيان وقال آخرون لايلزمه ذلك بمطلق العقد ويلزم بالشرط وبه قال أبوحنيفة وأصحابه وقال الشافعى لايجوز ذلك لابالشرط ولا بمطلق العقد ويعتق كل واحد منهم اذا ادى قدر حصته فعمدة من منع الشركة مافي ذلك من الغرر لان قدر مايلزم واحداً واحداً من ذلك مجهول وعمدة من اجازه ان الغرر اليسير يستخف في الكتابة لانه بين السيد وعبده والعبد وماله لسيده واما مالك فحجته انه لما كانت الكتابة واحدة وجب ان يكون حكمهم كحكم الشخص الواحد وعمدة الشافعية ان حمالة بعضهم عن بعض لافرق بينها وبين حمالة الاجنبيين فمن رأى أن حمالة الاجنبيين فى الكتابة لاتجوز قال لاتجوز في هذا الموضع وانما منعوا حمالة الكتابة لانه اذا عجز المكاتب لم يكن للحميل شيء يرجع عليه وهذا كانه ليس يظهر فى حمالة العبيد بعضهم عن بعض انما الذى يظهر فى ذلك ان هذا الشرط هو سبب لان يعجز من يقدر على السعي بعجز من لا يقدر عليه فهو غرر خاص بالكتابة الا ان يقال أيضا إن الجمع يكون سببا لان يخرج حرا من لا يقدر من نفسه أن يسعى حتى يخرج حراً فهو كما يعود برق من يقدر على السعي كذلك يعود بحرية من لا يقدر على السعي وأما أبوحنيفة فشبهها بحمالة الاجنبي مع الاجنبي في

الحقوق التى تجوز فيها الحمالة فالزمها بالشرط ولم يلزمها بغير شرط وهومع هذا أيضا لايجيز حمالة الكتابة وأما العبد بين الشريكين فان العلماء اختلفوا هل لاحدهما أن يكاتب نصيبه دون اذن صاحبه فقال بعضهم ليس له ذلك والكتابة مفسوخة وما قبض منها هى بينهم على قدر حصصهم وقالت طائفة يجوز أن يكاتب الرجل نصيبه من عبده دون نصيب شريكه وفرقت فرقة فقالت يجوز باذن شريكه ولايجوز بغير اذن شريكه وبالقول الاول قال مالك وبالثانى قال ابن أبى ليلى وأحمد وبالثالث قال أبو حنيفة والشافعى فى أحد قوليه وله قول آخر مثل قول مالك وعمـدة مالك أنه لوجاز ذلك لادى الى أن يعتق العبد كله بالتقويم على الذى كاتب حظه منه وذلك لايجوز الا فى تبعيض العتق ومن رأى أن له أن يكاتبه رأى ان عليه ان يتم عتقه اذا أدى الكتابة إذا كان موسرا فاحتجاج مالك هنا هو احتجاج باصل لايوافقه عليه الخصم لكن ليس يمنع من صحة الاصـل أن لايوافقه عليه الخصم وأما اشتراط الاذن فضعيف وأبو حنيفة يرى فى كيفية أداء المال للمكاتب اذا كانت الكتابة عن اذن شريكه ان كل ماأدى للشريك الذى كاتبه يأخذ منه الشريك الثانى نصيبه و يرجع بالباقى على العبد فيسعى له فيه حتى يتم لهما كان كاتبه عليه وهذا فيه بعد عن الاصول . وأما هل تجوز مكاتبة من لايقدر على السعى فلا خلاف فيما أعلم بينهم ان من شرط المكاتب أن يكون قويا على السعى لقوله تعالى (ان علمتم فيهم خيراً) وقد اختلف العلماء ما الخير الذى اشترطه الله فى المكاتبين فى قوله ان علمتم فيهم خيرا فقال الشافعى الاكتساب والامانة وقال بعضهم المال والامانة وقال آخرون الصلاح والدين وأنـكر بعض العلماء أن يكاتب من لاحرفة له مخافة السؤال وأجاز ذلك بعضهم لحـديث بريرة أنها كوتبت على ان تسأل الناس وكره مالك أن تكاتب الامة التى لا اكتساب لها بصناعة مخافة أن يكون ذلك ذريعة الى الزنا وأجاز مالك كتابة المدبرة وكل من فيه بقية رق الا أم الولد اذ ليس له عند مالك أن يستخدمها .

(القول فى المكاتب)

وأما المكاتب فاتفقوا على أن من شرطه أن يكون مالكا صحيح الملك غير محجور عليه صحيح الجسم واختلفوا هل للمكاتب أن يكاتب عبده أم لا وسيأتى هـذا فيما يجوز من أفعال المكاتب مما لايجوز ولم يجز مالك أن يكاتب العبد المـأذون له فى التجارة لان الكتابة عتق ولايجوز له أن يعتق وكـذلك لاتجوز كتابة من أحاط الدين بماله الا أن يجيز الغرماء ذلك اذا كان فى ثمن كتابته ان بيعت مثل ثمن رقبته وأما كتابة المريض فانها عنـده فى الثلث توقف حتى يصح فتجوز أو يموت فتكون

من الثلث كالعتق سواء وقد قيل ان حابى كان كذلك وان لم يحاب سعى فان أدى وهو في المرض عتق وتجوز عنده كتابة النصراني المسلم ويباع عليه كما يباع عليه العبد المسلم عنده فهذه هي مشهورات المسائل التي تتعلق بالاركان أعني المكاتب والمكاتب والكتابة وأما الاحكام فكثيرة وكذلك الشروط التي تجوز فيها من التي لا تجوز ويشبه أن تكون أجناس الاحكام الأولى في هذا العقد هو أن يقال متى يعتق المكاتب ومتى يعجز فيرق وكيف حاله ان مات قبل ان يعتق أو يرق ومن يدخل معه في حال الكتابة ممن لا يدخل وتميز ما بقي عليه من حجر الرق مما لم يبق عليه فلنبدأ بذكر مسائل الاحكام المشهورة التي في جنس جنس من هذه الاجناس الخمسة .

﴿ الجنس الاول ﴾

فاما متى يخرج من الرق فانهم اتفقوا على انه يخرج من الرق اذا أدى جميع الكتابة واختلفوا اذا عجز عن البعض وقد أدى البعض فقال الجمهور هو عبد ما بقي عليه من كتابته شيء وانه يرق اذا عجز عن البعض وروى عن السلف المتقدم سوى هذا القول الذي عليه الجمهور أقوال أربعة ، أحدها أن المكاتب يعتق بنفس الكتابة ، والثاني انه يعتق منه بقدر ما أدى ، والثالث انه يعتق ان أدى النصف فاكثر ، والرابع ان أدى الثلث ولا فهو عبد وعمدة الجمهور ما خرجه أبو داود عن عمر بن شعيب عن أبيه عن جده ان النبي صلى الله عليه وسلم قال : أيما عبد كاتب على مائة أوقية فاداها الا عشرة أواقي فهو عبد وأيما عبد كاتب على مائة دينار فاداها الا عشرة فهو عبد وعمدة من رأى انه يعتق بنفس عقد الكتابة تشبيهه اياها بالبيع فكان المكاتب اشترى نفسه من سيده فان عجز لم يكن له الا أن يتبعه بالمال كما لو افلس من اشتراه منه الى أجل وقد مات وعمدة من رأى انه يعتق منه بقدر ما ادى ما رواه يحيى بن كثير عن عكرمة عن ابن عباس ان النبي صلى الله عليه وسلم قال : يؤدي المكاتب بقدر ما ادى دية حر وبقدر مارق منه دية عبد خرجه النسائي والخلاف فيه من قبل عكرمة كما ان الخلاف في احاديث عمرو بن شعيب من قبل انه رؤى من صحيفة وبهذا القول قال علي أعني بحديث ابن عباس وروى عن عمر بن الخطاب انه اذا أدى الشطر عتق وكان ابن مسعود يقول اذا أدى الثلث واقوال الصحابة وان لم تكن حجة فالظاهر ان التقدير اذا صدر منهم انه محمول على ان في ذلك سنة بلغتهم وفي المسئلة قول خامس اذا ادى الثلاثة الارباع عتق وبقي غريما في باقي المال وقد قيل ان أدى القيمة فهو غريم وهو قول عائشة وابن عمر وزيد بن ثابت والاشهر عن عمر وأم سلمة هو مثل قول الجمهور وقول هؤلاء هو الذي اعتمده فقهاء الامصار

وذلك أنه صحت الرواية في ذلك عنهم صحة لا شك فيها روى ذلك مالك في موطئه وأيضاً فهو أحوط لاموال السادات ولان في المبيعات يرجع في عين المبيع له اذا افلس المشترى .

﴿ الجنس الثانى ﴾

واما متى يرق فانهم اتفقوا على انه انما يرق اذا عجز اما عن البعض واما عن الكل بحسب ماقدمنا اختلافهم ، واختلفوا هل للعبد ان يعجز نفسه اذا شاء من غير سبب أم ليس له ذلك الا بسبب فقال الشافعى الكتابة عقد لازم في حق العبد وهي في حق السيد غير لازمة وقال مالك وأبو حنيفة الكتابة عقد لازم من الطرفين أى بين العبد والسيد وتحصيل مذهب مالك في ذلك ان العبد والسيد لايخلو ان يتفقا على التعجيز أو يختلفا ثم اذا اختلفا فاما ان يريد السيد التعجيز ويأباه العبد أو بالعكس أعنى ان يريد به السيد البقاء على الكتابة ويريد العبد التعجيز وأما اذا اتفقا على التعجيز فلا يخلو الامر من قسمين ، أحدهما ان يكون دخل في الكتابة ولد أو لايكون فان كان دخل ولد في الكتابة فلا خلاف عنده انه لايجوز التعجيز وان لم يكن له ولد ففي ذلك روايتان ، أحدهما انه لايجوز اذا كان له مال وبه قال أبو حنيفة والاخرى انه يجوز له ذلك فاما ان طلب العبد التعجيز وأبى السيد لم يمكن ذلك للعبد ان كان معه مال أو كانت له قوة على السعى واما ان اراد السيد التعجيز واباه العبد فانه لايجز عنده الا بحكم حاكم وذلك بعد ان يثبت السيد عند الحاكم انه لامال له ولا قدرة على الاداء ونرجع الى عمدة ادلتهم في اصل الخلاف في المسئلة فعمدة الشافعى مارواه ان بريرة جاءت الى عائشة تقول لها انى اريد ان تشتريني وتعتقيني فقالت لها ان اراد أهلك فجاءت أهلها فباعوها وهي مكاتبة خرجه البخارى وعمدة المالكية تشبيههم الكتابة بالعقود اللازمة ولان حكم العبد في هذا المعنى يجب ان يكون كحكم السيد وذلك ان العقود من شأنها ان يكون اللزوم فيها او الخيار مستويا في الطرفين واما ان يكون لازما من طرف وغير لازم من الطرف الثانى فخارج عن الاصول وعللوا حديث بريرة بان الذى باع أهلها كانت كتابتها لا رقبتها والحنفية تقول لما كان المغلب في الكتابة حق العبد وجب ان يكون العقد لازما فى حق الآخر المغلب عليه وهو السيد أصله النكاح لانه غير لازم في حق الزوج لمكان الطلاق الذى بيده وهو لازم في حق الزوجة والمالكية تعترض هذا بأن تقول انه عقد لازم فيما وقع به العوض اذ كان ليس له ان يسترجع الصداق

(الجنس الثالث)

وأما حكمه اذا مات قبل أن يؤدى الكتابة فاتفقوا على أنه اذا مات دون ولد قبل أن يؤدى من الكتابة شيئا أنه يرق واختلفوا اذا مات عن ولد فقال مالك حكم ولده كحكمه فان ترك مالا فيه وفاء للكتابة أدوه وعتقوا وان لم يترك مالا وكانت لهم قوة على السعي بقوا على نجوم أبيهم حتى يعجزوا أو يعتقوا وان لم يكن عندهم لا مال ولا قدرة على السعي رقوا وانه ان فضل عن الكتابة شيء من ماله ورثوه على حكم ميراث الاحرار وأنه ليس يرثه الا ولده الذين هم فى الكتابة معه دون سواهم من وارثيه ان كان له وارث غير الولد الذى معه فى الكتابة وقال أبو حنيفة أنه يرثه بعد أداء كتابته من المال الذى ترك جميع أولاده الذين كاتب عليهم أو ولدوا فى الكتابة وأولاده الاحرار وسائر ورثته وقال الشافعي لا يرثه بنوه الاحرار ولا الذين كاتب عليهم أو ولدوا فى الكتابة وماله لسيده وعلى أولاده الذين كاتب عليهم ان يسعوا من الكتابة في مقدار حظوظهم منها وتسقط حصة الاب عنهم وبسقوط حصة الآب عنهم قال أبو حنيفة وسائر الكوفيين والذين قالوا بسقوطها قال بعضهم تعتبر القيمة وهو قول الشافعي وقيل بالثمن وقيل حصته على مقدار الرؤس وانما قال هؤلاء بسقوط حصة الاب عن الابناء الذين كاتب عليهم لا الذين ولدوا له فى الكتابة لان من ولد له أولاد في الكتابة فهم تبع لابيهم وعمدة مالك ان المكاتبين كتابة واحدة بعضهم حملاء عن بعض ولذلك من عتق منهم أو مات لم تسقط حصته عن الباقى وعمدة الفريق الثانى ان الكتابة لا تضمن وروى مالك عن عبد الملك بن مروان فى موطئه مثل قول الكوفيين ✡ وسبب اختلافهم ماذا يموت عليه المكاتب فعند مالك انه يموت مكاتبا وعند أبى حنيفة انه يموت حراً وعند الشافعي انه يموت عبداً وعلى هذه الاصول بنو الحكم فيه فعمدة الشافعية ان العبودية والحرية ليس بينهما وسط واذا مات المكاتب فليس حرا بعد لان حريته انما تجب بأداء كتابته وهو لم يؤدها بعد فقد بقى انه مات عبداً لانه لا يصح ان يعتق الميت وعمدة الحنفية ان العتق قد وقع بموته مع وجود المال الذى كاتب عليه لانه ليس له ان يرق نفسه والحرية يجب ان تكون حاصلة له بوجود المال لا يدفعه الى السيد وأما مالك فجعل موته على حالة متوسطة بين العبودية والحرية وهي الكتابة فمن حيث لم يورث أولاده الاحرار منه جعل له حكم العبيد ومن حيث لم يورث سيده ماله حكم له بحكم الاحرار والمسئلة في حد الاجتهاد ومما يتعلق بهذا الجنس اختلافهم فى أم ولد المكاتب اذا مات المكاتب وترك بنين لا يقدرون على السعي وارادت الام

ان تسعى عليهم فقال مالك لها ذلك وقال الشافعي والكوفيون ليس لها ذلك وعمدتهم ان أم الولد اذا مات المكاتب مال من مال السيد وأما مالك فيرى ان حرمة الكتابة التي لسيدها صائرة اليها والى بنيها ولم يختلف قول مالك ان المكاتب اذا ترك بنين صغاراً لايستطيعون السعي وترك أم ولد لاتستطيع السعي انها تباع ويؤدى منها باقي الكتابة وعند أبي يوسف ومحمد بن الحسن انه لايجوز بيع المكاتب لام ولده ويجوز عند أبي حنيفة والشافعي واختلف أصحاب مالك في أم ولد المكاتب اذا مات المكاتب وترك بنين ووفاء كتابته هل تعتق أم ولده أم لا فقال ابن القاسم اذا كان معها ولد عتقت والا رقت وقال أشهب يعتق على كل حال وعلى أصل الشافعي كل ما ترك المكاتب مال من مال سيده لاينتفع به البنون في أداء ما عليهم من كتابته كانو معه في عقد الكتابة أو كانوا ولدوا في الكتابة وانما عليهم السعي وعلى أصل أبي حنيفة يكون حراً ولابد ومذهب ابن القاسم كانه استحسان .

الجنس الرابع

وهو النظر فيمن يدخل معه في عقد الكتابة ومن لا يدخل واتفقوا من هذا الباب على ان ولد المكاتب لايدخل في كتابة المكاتب الا بالشرط لانه عبد آخر لسيده وكذلك اتفقوا على دخول ماولد له في الكتابة فيها واختلفوا في أم الولد على ماتقدم وكذلك اختلفوا في دخول ماله أيضا بمطلق العقد فقال مالك يدخل ماله في الكتابة وقال الشافعي وأبو حنيفة لايدخل وقال الأوزاعي يدخل بالشرط أعني اذا اشترطه المكاتب وهذه المسئلة مبنية على هل يملك أم لا يملك وعلى هل يتبعه ماله في العتق أم لا وقد تقدم ذلك .

الجنس الخامس

وهو النظر فيما يحجر فيه على المكاتب مما لايحجر ومابقي من أحكام العبد فيه فنقول أنه قد أجمع العلماء من هذا الباب على أنه ليس للمكاتب أن يهب من ماله شيئاً له قدر ولا يعتق ولايتصدق بغير اذن سيده فانه محجور عليه في هذه الامور وأشباهها أعني أنه ليس له أن يخرج من يده شيئا من غير عوض واختلفوا من هذا الباب في فروع منها أنه اذا لم يعلم السيد بهبته أوبعتقه الا بعد أداء كتابته فقال مالك وجماعة من العلماء ان ذلك نافذ ومنعه بعضهم وعمدة من منعه ان ذلك وقع في حالة لايجوز وقوعه فيها فكان فاسدا وعمدة من أجازه ان السبب المانع من ذلك

قد ارتفع وهو مخافة ان يعجز العبد ☆ وسبب اختلافهم هل اذن السيدمن شرط لزوم العقد أو من شرط صحته فمن قال من شرط الصحة لم يجزه وان عتق ومن قال من شرط لزومه قال يجوز اذا عتق لانه وقع عقداً صحيحاً فلما ارتفع الاذن المرتقب فيه صح العقد كما لو أذن هذا كله عند من أجاز عتقه اذا اذن السيد فان الناس اختلفوا أيضا في ذلك بعد اتفاقهم على أنه لا يجوز عتقه اذا لم يأذن السيد فقال قوم ذلك جائز وقال قوم لا يجوز وبه قال أبو حنيفة وبالجواز قال مالك وعن الشافعي في ذلك القولان جميعا والذين أجازوا ذلك اختلفوا في ولاء المعتق لمن يكون فقال مالك ان مات المكاتب قبل أن يعتق كان ولاء عبده لسيده وان مات وقد عتق المكاتب كان ولاؤه له وقال قوم من هؤلاء على كل حال لسيده وعمدة من لم يجز عتق المكاتب ان الولاء يكون للمعتق لقوله عليه السلام انما الولاء لمن أعتق ولا ولاء للمكاتب في حين كتابته فلم يصح عتقه وعمدة من رأى أن الولاء للسيدان عبد عبده بمنزلة عبده ومن فرق بين ذلك فهو استحسان ومن هذا الباب اختلافهم في هل للمكاتب ان ينكح أو يسافر بغير اذن سيده فقال جمهورهم ليس له أن ينكح الا باذن سيده واباح بعضهم النكاح له وأما السفر فاباحه له جمهورهم ومنعه بعضهم وبه قال مالك وأباحه سحنون من أصحاب مالك ولم يجز للسيدان يشترطه على المكاتب وأجازه ابن القاسم في السفر القريب والعلة في منع النكاح انه يخاف ان يكون ذلك ذريعة الى عجزه والعلة في جواز السفر أن به يقوى على التكسب في أداء كتابته وبالجملة فللعلماء في هذه المسئلة ثلاثة أقوال ، أحدها ان للمكاتب ان يسافر باذن سيده وبغير اذنه ولايجوز أن يشترط عليه ان لايسافر وبه قال أبوحنيفة والشافعي والقول الثاني انه ليس له أن يسافر الا باذن سيده وبه قال مالك والثالث ان بمطلق عقد الكتابة له أن يسافر الا أن يشترط عليه سيده ان لايسافر وبه قال أحمد والثوري وغيرها ومن هذا الباب اختلافهم في هل للمكاتب ان يكاتب عبداً له فاجاز ذلك مالك مالم يرد به المحاباة وبه قال أبو حنيفة والثوري وللشافعي قولان ، أحدهما اثبات الكتابة والآخر أبطالها وعمدة الجماعة انها عقد معاوضة المقصود منه طلب الربح فأشبه سائر العقود المباحة من البيع والشراء وعمدة الشافعية ان الولاء لمن أعتق ولا ولاء للمكاتب لأنه ليس بحر واتفقوا على أنه لايجوز للسيد انتزاع شيء من ماله ولا الانتفاع منه بشيء واختلفوا في وطء السيد أمته المكاتبة فصار الجمهور الى منع ذلك وقال أحمد وداود وسعيد بن المسيب من التابعين ذلك جائز اذا اشترطه عليها وعمدة الجمهور أنه وطء تقع الفرقة فيه الى أجل آت فاشبه النكاح الى أجل وعمدة

الفريق الثانى تشبيهها بالمدبرة وأجمعوا على أنها ان عجزت حل وطؤها واختلف الذين منعوا ذلك اذا وطئها هل عليه حد أم لا فقال جمهورهم لاحد عليه لانه وطء بشبهة وقال بعضهم عليه الحد واختلفوا فى ايجاب الصداق لها والعلماء فيما أعلم على أنه في أحكامه الشرعية على حكم العبد مثل الطلاق والشهادة والحد وغير ذلك مما يختص به العبيد ومن هذا الباب اختلافهم في بيعه فقال الجمهور لا يباع المكاتب الا بشرط أن يبقى على كتابته عند مشتريه وقال بعضهم بيعه جائز ما لم يؤد شيئا من كتابته لان بريرة بيعت ولم تكن أدت من كتابتها شيئا وقال بعضهم اذا رضى المكاتب بالبيع جازوهو قول الشافعي لان الكتابة عنده ليست بعقد لازم في حق العبدواحتج بحديث بريرة اذا بيعت وهي مكاتبة وعمدة من لم يجزبيع المكاتب مافى ذلك من نقض العهد وقد أمر الله تعالى بالوفاء به وهذه المسئلة مبنية على هل الكتابة عقد لازم أم لا وكذلك اختلفوا في بيع الكتابة فقال الشافعي وأبو حنيفة لا يجوز ذلك وأجازها مالك ورأى الشفعة فيها للمكاتب ومن أجاز ذلك شبه بيعها ببيع الدين ومن لم يجز ذلك رآه من باب الغرر وكذلك شبه مالك الشفعة فيها بالشفعة في الدين وفي ذلك أثر عن النبي صلى الله عليه وسلم :أعنى في الشفعة في الدين ومذهب مالك في بيع الكتابة انها أن كانت بذهب انها تجوز وبعرض معجل لامؤجل لما يدخل من الدين بالدين وان كانت الكتابة بعرض كان شراؤها بذهب أو فضة معجلين اوبعرض مخالف واذا اعتق فولاؤه للمكاتب لاللمشترى ومن هذا الباب اختلافهم هل للسيدان يجبر عبده على الكتابة أم لا .

واما شروط الكتابة فنها شرعية هى من شروط صحة العقد وقد تقدمت عند ذكر أركان الكتابة ومنها شروط بحسب التراضى وهذه الشروط منها ما يفسد العقد ومنها ما اذا تمسك بها افسدت العقد واذا تركت صح العقد ومنها شروط جائزة غير لازمة ومنها شروط جائزة لازمة وهذه كلها هى مبسوطة في كتب الفروع وليس كتابنا هذا كتاب فروع وأنما هو كتاب اصول والشروط التى تفسد العقد بالجملة هي الشروط التى هى ضد شروط الصحة المشروعة في العقد والشروط الجائزة هى التى لاتؤدى الى اخلال بالشروط المصححة للعقد ولا تلازمها فهذه الجملة ليس يختلف الفقهاء فيها وانما يختلفون في الشروط لاختلافهم فيما هو منها شرط من شروط الصحة او ليس منها وهذا يختلف بحسب القرب والبعد من اخلالها بشروط الصحة ولذلك جعل مالك جنسا ثالثا من الشروط وهى الشروط التى ان تمسك بها المشترط فسد العقد وان لم يتمسك بها جازوهذا ينبغي ان تفهمه في سائر العقود الشرعية فمن مسائلهم المشهورة في هذا

الباب اذا اشترط في الكتابة شرطاً من خدمة أو سفر او نحوه وقوى على اداء نجومه قبل محل أجل الكتابة هل يعتق أم لا فقال مالك وجماعة ذلك الشرط باطل ويعتق اذا أدى جميع المال وقالت طائفة لا يعتق حتى يؤدى جميع المال ويأتي بذلك الشرط وهو مروى عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه انه اعتق رقيق الامارة وشرط عليهم أن يخدموا الخليفة بعد ثلاث سنين ولم يختلفوا ان العبد اذا أعتقه سيده على أن يخدمه سنين انه لا يتم عتقه الا بخدمة تلك السنين ولذلك القياس قول من قال ان الشرط لازم فهذه المسائل الواقعة المشهورة في أصول هذا الكتاب وههنا مسائل تذكر فى هذا الكتاب وهى من كتب أخر وذلك انها اذا ذكرت في هذا الكتاب ذكرت على انها فروع تابعة للاصول فيه واذا ذكرت في غيره ذكرت على أنها أصول ولذلك كان الاولى ذكرها في هذا الكتاب فمن ذلك اختلافهم اذا زوج السيد بلته من مكاتبه ثم مات السيد وورثته البنت فقال مالك والشافعي ينفسخ النكاح لأنها ملكت جزءاً منه وملك يمين المرأة محرم عليها باجماع وقال أبو حنيفة يصح النكاح لان الذى ورثت انما هو مال في ذمة المكاتب لا رقبة المكاتب وهذه المسئلة هى أحق بكتاب النكاح ومن هذا الباب اختلافهم اذا مات المكاتب وعليه دين وبعض الكتابة هل يحاص سيده الغرماء أم لا فقال الجمهور لا يحاص الغرماء وقال شريح وابن أبى ليلى وجماعة يضرب السيد مع الغرماء وكذلك اختلفوا اذا افلس وعليه دين يغترق ما بيده هل يتعدى ذلك الى رقبته فقال مالك والشافعى وابن حنيفة لا سبيل لهم الى رقبة وقال الثورى واحمد يأخذونه الا ان يفتكه السيد واتفقوا على انه اذا عجز عن عقل الجنايات انه يسلم فيها الا ان يعقل عنه سيده والقول في هل يحاص سيده الغرماء اولا يحاص هو من كتاب التفليس والقول في جنايته وهو من باب الجنايات ومن مسائل الاقضية التى هى فروع فى هذا الباب واصل في باب الاقضية اختلافهم في الحكم عند اختلاف السيد والمكاتب فى مال الكتابة فقال مالك وابو حنيفة القول قول المكاتب وقال الشافعى ومحمد وابو يوسف يتحالفان وينفاسخان قياسا على المتبايعين وفروع هذا الباب كثيرة لكن الذى حضر منها الآن في الذكر هو ماذكرناه ومن وقعت له من هذا الباب مسائل مشهورة الخلاف بين فقهاء الامصار وهى قريبة من المسموع فينبغى ان تثبت في هذا الموضع اذ كان القصد انما هو اثبات المسائل المشهورة التى وقع الخلاف فيها بين فقهاء الامصار مع المسائل المنطوق بها في الشرع وذلك ان قصدنا في الكتاب كما قلنا غير مامرة انما هو ان نثبت المسائل المنطوق بها في الشرع المتفق عليها والمختلف فيها ونذكر من المسائل المسكوت عنها التى شهر الخلاف فيها بين فقهاء الامصار

فان معرفة هذين الصنفين من المسائل هي التي تجرى للمجتهد مجرى الاصول في المسكوت عنها وفي النوازل التي لم يشتهر الخلاف بين فقهاء الامصار سواء نقل فيها مذهب عن واحد منهم أو لم ينقل ويشبه ان يكون من تدرب في هذه المسائل وفهم أصول الاسباب التي أوجبت خلاف الفقهاء فيها أن يقول مايجب في نازلة نازلة من النوازل أعني أن يكون الجواب فيها على مذهب فقيه فقيه من فقهاء الامصار اعني في المسئلة الواحدة بعينها ويعلم حيث خالف ذلك الفقيه أصله وحيث لم يخالف وذلك اذا نقل عنه في ذلك فتوى فاما اذا لم ينقل عنه في ذلك فتوى أو لم يبلغ ذلك الناظر في هذه الاصول فيمكنه أن يأتي بالجواب بحسب أصول الفقيه الذي يفتي على مذهبه وبحسب الحق الذي يؤديه اليه اجتهاده ونحن نروم ان شاء الله بعد فراغنا من هذا الكتاب ان نضع في مذهب مالك كتابا جامعا لاصول مذهبه ومسائله المشهورة التي تجرى في مذهبه مجرى الاصول للتفريع عليها وهذا هو الذي عمله ابن القاسم في المدونة فانه جاوب فيما لم يكن عنده فيها قول مالك على قياس ما كان عنده في ذلك الجنس من مسائل مالك التي هي فيها جارية مجرى الاصول لما جبل عليه الناس من الاتباع والتقليد في الاحكام والفتوى بيد أن في قوة هذا الكتاب ان يبلغ به الانسان كما قلنا رتبة الاجتهاد إذا تقدم فعلم من اللغة والعربية وعلم من أصول الفقه مايكفيه في ذلك ولذلك رأينا ان أخص الاسماء بهذا الكتاب ان نسميه كتاب « بداية المجتهد وكفاية المقتصد » .

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

(وصلي الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما)

﴿ كتاب التدبير ﴾

والنظر في التدبير في أركانه وفي أحكامه . أما الاركان فهي أربعة المعنى . واللفظ والمدبِر . والمدبَر . وأما الاحكام فصنفان احكام العقد وأحكام المدبر .

﴿ الركن الاول ﴾

فنقول أجمع المسلمون على جواز التدبير وهو أن يقول السيد لعبده أنت حر عن دبر مني أو يطلق فيقول أنت مدبر وهذان هما عندهم لفظا التدبير باتفاق والناس في التدبير والوصية على

صنفين منهم من لم يفرق بينهما ومنهم من فرق بين التدبير والوصية بأن يجعل التدبير لازما والوصية غير لازمة والذين فرقوا بينهما اختلفوا في مطلق لفظ الحرية بعد الموت هل يتضمن معنى الوصية أو حكم التدبير أعنى اذا قال أنت حر بعد موتى فقال مالك اذا قال وهو صحيح أنت حرٌ بعد موتى فالظاهر أنه وصية والقول قوله في ذلك ويجوز رجوعه فيها الا أن يريد التدبير وقال أبو حنيفة الظاهر من هذا القول التدبير وليس له ان يرجع فيه وبقول مالك قال ابن القاسم وبقول أبى حنيفة قال أشهب قال الا ان يكون هنالك قرينة تدل على الوصية مثل أن يكون على سفر أو يكون مريضا وما أشبه ذلك من الاحوال التى جرت العادة أن يكتب الناس فيها وصاياهم فعلى قول من لا يفرق بين الوصية والتدبير وهو الشافعى ومن قال بقوله هذا اللفظ هو من الفاظ صريح التدبير. وأما على مذهب من يفرق فهو اما من كنايات التدبير وأما ليس من كناياته ولا من صريحه وذلك أن من يحمله على الوصية فليس هو عنده لا من كناياته ولا من صريحه ومن يحمله على التدبير وينويه في الوصية فهو عنده من كناياته. وأما المدبر فانهم اتفقوا على أن الذى يقبل هذا العقد هو كل عبد صحيح العبودية ليس يعتق على سيده سواء ملك كله أو بعضه. واختلفوا في حكم من ملك بعضا فدبره فقال مالك يجوز ذلك وللذى لم يدبر حظه خياران. أحدهما ان يتقاومانه فان اشتراه الذى دبره كان مدبرا كله وان لم يشتره انتقض التدبير، والخيار الثانى أن يقومه عليه الشريك وقال أبو حنيفة للشريك الذى لم يدبر ثلاث خيارات ان شاء استمسك بحصته وان شاء استسعى العبد في قيمة الحصة التى له فيه وان شاء قومها على شريكه ان كان موسراً وان كان معسرا استسعى العبد وقال الشافعى يجوز التدبير ولا يلزم شىء من هذا كله ويبقى العبد المدبر نصفه أو ثلثه على ماهو عليه فاذا مات مدبره عتق منه ذلك الجزء ولم يقوم الجزء الباقى منه على السيد على مايفعل في سنة العتق لان المال قد صار لغيره وهم الورثة وهذه المسئلة هى من الاحكام لا من الاركان اعنى احكام المدبر فلتثبت في الاحكام وأما المدبر فاتفقوا على ان من شروطه أن يكون مالكا تام الملك غير محجور عليه سواء كان صحيحا أو مريضا وان من شرطه ان لايكون ممن أحاط الدين بماله لانهم اتفقوا على أن الدين يبطل التدبير. واختلفوا في تدبير السفيه فهذه هى اركان هذا الباب. وأما أحكامه فأصولها راجعة الى اجناس خمسة: أحدها مماذا يخرج المدبر هل من رأس المال او الثلث، والثانى مايبقى فيه من أحكام الرق مما ليس يبقى فيه أعنى مادام مدبرا، والثالث مايتبعه فى الحرية مما

ليس يتبعه . والرابع مبطلات التدبير الطارئة عليه . والخامس في أحكام تبعيض التدبير .

(الجنس الاول)

فاما مما ذا يخرج المدبر اذا مات المدبر فان العلماء اختلفوا في ذلك فذهب الجمهور الى أنه يخرج من الثلث وقالت طائفة هو من رأس المال معظمهم أهل الظاهر فمن رأى أنه من الثلث شبهه بالوصية لانه حكم يقع بعد الموت وقد روى حديث عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : المدبر من الثلث الا أنه أثر ضعيف عند أهل الحديث لانه رواه على بن طيبان عن نافع عن عبد الله بن عمر وعلى بن طيبان متروك الحديث عند أهل الحديث ومن رآه من رأس المال شبهه بالشيء يخرجه الانسان من ماله في حياته فأشبه الهبة . واختلف القائلون بانه من الثلث في فروع وهو اذا دبر الرجل غلاما له في صحته وأعتق في مرضه الذي مات منه غلاما آخر فضاق الثلث عن الجمع بينهما فقال مالك يقدم المدبر لانه كان في الصحة وقال الشافعي يقدم المعتق المبتل لانه لايجوز له رده ومن أصله انه يجوز عنده رد التدبير وهذه المسئلة هي أحق بكتاب الوصايا.

(وأما الجنس الثانى)

فأشهر مسئلة فيه هي هل للمدبر ان يبيع المدبر أم لا فقال مالك وأبو حنيفة وجماعة من أهل الكوفة ليس للسيد أن يبيع مدبره وقال الشافعي وأحمد وأهل الظاهر وأبو ثور له ان يرجع فيبيع مدبره وقال الاوزاعي لايباع الامن رجل يريد عتقه واختلف أبو حنيفة ومالك من هذه المسئلة في فروع وهو اذا بيع فاعتقه المشترى فقال مالك ينفذ العتق وقال ابو حنيفة والكوفيون البيع مفسوخ سواء اعتقه المشترى أو لم يعتقه وهو أقيس من جهة انه ممنوع عبادة فعمدة من أجاز بيعه ماثبت من حديث جابر ان النبي صلى الله عليه وسلم باع مدبراً وربما شبهوه بالوصية وأما عمدة المالكية فعموم قوله تعالى « ياأيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود » لانه عتق الى أجل فاشبه أم الولد أو أشبه العتق المطلق فكان سبب الاختلاف هٰهنا معارضة القياس للنص أو العموم للخصوص ولاخلاف بينهم ان المدبر احكامه في حدوده وطلاقه وشهادته وسائر احكامه احكام العبيد . واختلفوا من هذا الباب في جواز وطء المدبرة فجمهور

العلماء على جواز وطئها وروى عن ابن شهاب منع ذلك وعن الاوزاعى كراهية ذلك اذا لم يكن وطئها قبل التدبير وعمدة الجمهور تشبيهها بام الولد ومن لم يجز ذلك شبهها بالمعتقة الى اجل ومن منع وطأ المعتقه الى اجل شبهها بالمنكوحة الى اجل وهى المتعة واتفقوا على ان للسيد في المدبر الخدمة ولسيده ان ينتزع ماله منه متى شاء كالحال في العبد قال مالك الا ان يمرض مرضا مخوفا فيكره له ذلك .

﴿ الجنس الثالث ﴾

فأما مايتبعه في التدبير مما لايتبعه فان من مسائلهم المشهورة في هذا الباب اختلافهم في ولد المدبرة الذين تلدهم بعد تدبير سيدها من نكاح او زنا فقال الجمهور ولدها بعد تدبيرها بمنزلتها يعتقون بعتقها ويرقون برقها وقال الشافعى في قوله المختار عند اصحابه انهم لايعتقون بعتقها . واجمعوا على انه اذا اعتقها سيدها في حياته انهم يعتقون بعتقها وعمدة الشافعية انهم اذا لم يعتقوا في العتق المنجز فأحرى ان لايعتقوا في العتق المؤجل بالشرط واحتج ايضا باجماعهم على ان الموصى لها بالعتق لايدخل فيه بنوها والجمهور رأوا أن التدبير حرمة مافأوجبوا اتباع الولد تشبيها بالكتابة وقول الجمهور مروى عن عثمان وابن مسعود وابن عمر وقول الشافعى مروى عن عمر بن عبد العزيز وعطاء بن أبى رباح ومكحول . وتحصيل مذهب مالك فى هذا ان كل امرأة فولدها تبع لها ان كانت حرة فحر وان كانت مكاتبة فكاتب وان كانت مدبرة فمدبر أو معتقة الى أجل فمعتق الى أجل وكذلك أم الولد ولدها بمنزلتها وخالف في ذلك أهل الظاهر وكذلك المعتق بعضه عند مالك . وأجمع العلماء على ان كل ولد من تزويج فهو تابع لامه في الرق والحرية وما بينهما من العقود المفضية الى الحرية الا ما اختلفوا فيه من التدبير ومن أمة زوجها عربى وأجمعوا على ان كل ولد من ملك يمين انه تابع لابيه ان حراً فحراً وان عبداً فعبداً وان مكاتباً فمكاتباً . واختلفوا فى المدبر اذا تسرى فولد له فقال مالك حكمه حكم الاب يعنى انه مدبر وقال الشافعى وأبو حنيفة ليس يتبعه ولد في التدبير وعمدة مالك الاجماع على أن الولد من ملك اليمين تابع للاب ماعدا المدبر وهو من باب قياس موضع الخلاف على موضع الاجماع وعمدة الشافعية ان ولد المدبر مال من ماله ومال المدبر للسيد انتزاعه منه وليس يسلم له انه مال من ماله ويتبعه في الحرية ماله عند مالك .

﴿ الجنس الرابع ﴾

وأما النظر في تبعيض التدبير فقد قلنا فيمن دبر حظاله في عبده دون ان يدبر شريكه ونقله الى هذا الموضع أولى فينقل اليه . واما من دبر جزأ من عبد هو له كله فانه يقضى عليه بتدبير الكل قياسا على من بعض العتق عند مالك ·

(وأما الجنس الخامس وهو مبطلات التدبير)

فمن هذا الباب اختلافهم في ابطال الدين للتدبير فقال مالك والشافعي الدين يبطله وقال ابو حنيفة ليس يبطله ويسعى في الدين وسواء كان الدين مستغرقا للقيمة أو لبعضها ومن هذا الباب اختلافهم في النصراني يد بر عبداً له نصرانيا فيسلم العبد قبل موت سيده فقال الشافعي يباع عليه ساعة يسلم ويبطل تدبيره وقال مالك يحال بينه وبين سيده ويخارج على سيده النصراني ولا يباع عليه حتى يبين أمر سيده فان مات عتق المدبر مالم يكن عليه دين يحيط بماله وقال الكوفيون اذا أسلم مدبر النصراني قوم وسعى العبد في قيمته . ومدبر الصحة يقدم عند مالك على مدبر المرض اذا ضاق الثلث عنهما .

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

(وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما)

(كتاب أمهات الاولاد)

وأصول هذا الباب النظر في هل تباع أم الولد ام لا وان كانت لاتباع فتى تكون أم ولد وبماذا تكون أم ولد ولا يبقى فيها لسيدها من أحكام العبودية ومتى تكون حرة :

(أما المسئلة الاولى) فان العلماء اختلفوا فيها سلفهم وخلفهم فالثابت عن عمر رضى الله عنه أنه قضى بأنها لاتباع وانها حرة من رأس مال سيدها اذا مات وروى مثل ذلك عن عثمان وهو قول اكثر التابعين وجمهور فقهاء الامصار وكان أبوبكر الصديق وعلى رضوان الله عليهما وابن عباس وابن الزبير وجابر بن عبد الله وأبو سعيد الخدرى

يجيزون بيع أم الولد وبه قالت الظاهرية من فقهاء الامصار وجابر وأبو سعيد كنا نبيع أمهات ألاولاد والنبي عليه الصلاة والسلام فينا لا يرى بذلك بأسا واحتجوا بما روى عن جابر انه قال كنا نبيع أمهات الاولاد على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبي بكر وصدراً من خلافة عمر ثم نهانا عمر عن بيعهن ومما اعتمد عليه أهل الظاهر في هذه المسئلة النوع من الاستدلال الذي يعرف باستصحاب حال الاجماع وذلك أنهم قالوا لما انعقد الاجماع على أنها مملوكة قبل الولادة وجب أن تكون كذلك بعد الولادة الى أن يدل الدليل على غير ذلك وقد تبين في كتب الاصول قوة هذا الاستدلال وانه لا يصح عند من يقول بالقياس وانما يكون ذلك دليلا بحسب رأى من ينكر القياس وربما احتج الجمهور عليهم بمثل احتجاجهم وهو الذي يعرفونه بمقابلة الدعوى بالدعوى وذلك أنهم يقولون أليس تعرفون ان الاجماع قد انعقد على منع بيعها في حال حملها فاذا كان ذلك وجب أن يستصحب حال هذا الاجماع بعد وضع الحمل الا أن المتأخرين من أهل الظاهر أحدثوا في هذا الاصل نقضا وذلك أنهم لا يسلمون منع بيعها حاملا ومما اعتمده الجمهور في هذا الباب من الاثر ما روى عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال في مارية سريته لما ولدت ابراهيم: اعتقها ولدها ومن ذلك حديث ابن عباس عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال إيما امرأة ولدت من سيدها فانها حرة اذا مات وكلا الحديثين لا يثبت عند أهل الحديث حكى ذلك أبو عمر بن عبد البر رحمه الله وهو من أهل هذا الشأن وربما قالوا أيضا من طريق المعنى انها قد وجبت لها حرمة وهو اتصال الولد بها وكونه بعضا منها وحكوا هذا التعليل عن عمر رضى الله عنه حين رأى أن لا يبعن فقال خالطت لحومنا لحومهن ودماؤنا دماءهن واما متى تكون أم ولد فانهم اتفقوا على أنها تكون أم ولد اذا ملكها قبل حملها منه. واختلفوا اذا ملكها وهي حامل منه او بعد أن ولدت منه فقال مالك لا تكون ام ولد اذا ولدت منه قبل أن يملكها ثم ملكها وولدها وقال أبو حنيفة تكون أم ولد واختلف قول مالك اذا ملكها وهي حامل والقياس أن تكون أم ولد في جميع الاحوال اذ كان ليس من مكارم الاخلاق أن يبيع المرء أم ولده وقد قال عليه الصلاة والسلام: بعثت لاتمم مكارم الاخلاق. وأما بماذا تكون أم ولد فان مالكا قال كل ما وضعت مما يعلم أنه ولد كانت مضغة أو علقة وقال الشافعي لا بد أن يؤثر في ذلك شيء مثل الخلقة والتخطيط واختلافهم راجع الى ما ينطلق عليه اسم الولادة أو ما يتحقق أنه مولود. وأما ما يبقى فيها من أحكام العبودية فانهم اتفقوا على أنها في شهادتها وحدودها وديتها وأرش جراحها

كالامة وجمهور من منع بيعها ليس يرون ههنا سببا طارئا عليها يوجب بيعها الا ما روى عن عمر بن الخطاب أنها اذا زنت رقت. واختلف قول مالك والشافعي هل لسيدها استخدامها طول حياته واغتلاله اياها فقال مالك ليس له ذلك وانما له فيها الوطء فقط وقال الشافعي له ذلك وعمدة مالك انه لما لم يملك رقبتها بالبيع لم يملك استجارتها الا انه يرى ان اجارة بنيها من غيره جائزة لان حرمتهم عنده أضعف وعمدة الشافعي انعقاد الاجماع على أنه يجوز له وطؤها * فسبب الخلاف تردد اجارتها بين اصلين احدهما وطؤها والثاني بيعها فيجب ان يرجح اقوى الاصلين شبها . وأما متى تكون حرة فانه لا خلاف بينهم ان آن ذلك الوقت هو اذا مات السيد . ولا أعلم الآن أحدا قال تعتق من الثلث وقياسها على المدبر ضعيف على قول من يقول ان المدبر يعتق من الثلث .

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

(وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما)

﴿ كتاب الجنايات ﴾

والجنايات التي لها حدود مشروعة اربع جنايات على الابدان والنفوس والاعضاء وهو المسمى قتلا وجرحا .وجنايات على الفروج وهو المسمى زنا وسفاحا .وجنايات على الاموال وهذه ما كان منها مأخوذاً بحرب سمي حرابة اذا كان بغير تأويل وان كان بتأويل سمي بغيا وما اخوذا على وجه المغافصة من حرز يسمى سرقة وما كان منها بعلو مرتبة وقوة سلطان سمي غصبا .وجنايات على الاعراض وهو المسمى قذفا. وجنايات بالتعدى على استباحة ما حرمه الشرع من المأكول والمشروب وهذه انما يوجد فيها حد في هذه الشريعة في الخمر فقط وهو حد متفق عليه بعد صاحب الشرع صلوات الله عليه فلنبتدىء منها بالحدود التي في الدماء فنقول ان الواجب في اتلاف النفوس والجوارح هو إما قصاص وإما مال وهو الذى يسمى الدية فاذا النظر أولا في هذا الكتاب ينقسم إلى قسمين النظر في القصاص والنظر في الدية والنظر في القصاص ينقسم الى القصاص في النفوس وإلى القصاص في الجوارح والنظر أيضا في الديات ينقسم الى النظر في ديات النفوس والى النظر في ديات قطع الجوارح والجراح فينقسم اولا هذا الكتاب إلى كتابين أولهما يرسم عليه كتاب القصاص والثاني يرسم عليه كتاب الديات .

﴿ كتاب القصاص ﴾

وهذا الكتاب ينقسم الى قسمين الاول النظر في القصاص فى النفوس والثانى النظر في القصاص في الجوارح فلنبدأ من القصاص في النفوس .

﴿ كتاب القصاص في النفوس ﴾

والنظر أولا في هذا الكتاب ينقسم الى قسمين الى النظر فى الموجب أعنى الموجب القصاص ، والى النظر في الواجب أعنى القصاص وفي ابداله ان كان له بدل فلنبدأ أولا بالنظر في الموجب والنظر في الموجب يرجع الى النظر في صفة القتل والقاتل الذى يجب بمجموعها والمقتول القصاص فانه ليس أى قاتل اتفق يقتص منه ولا بأى قتل اتفق ولا من أى مقتول اتفق بل من قاتل محدود وبقتل محدود ومقتول محدود اذ كان المطلوب في هذا الباب انما هو العدل فلنبدأ من النظر في القاتل ثم فى القتل ثم فى المقتول .

﴿ القول في شروط القاتل ﴾

فنقول انهم اتفقوا على أن القاتل الذى يقاد منه يشترط فيه باتفاق أن يكون عاقلا بالغا مختاراً للقتل مباشراً غير مشارك له فيه غيره . واختلفوا في المكره والمكره وبالجملة الآمر والمباشر فقال مالك والشافعى والثورى وأحمد وأبوثور وجماعة القتل على المباشر دون الآمر ويعاقب الآمر وقالت طائفة يقتلان جميعا وهذا اذا لم يكن هناك اكراه ولا سلطان للآمر على المأمور وأما اذا كان للآمر سلطان على المأمور أعنى المباشر فانهم اختلفوا في ذلك على ثلاثة أقوال فقال قوم يقتل الآمر دون المأمور ويعاقب المأمور وبه قال داود وأبو حنيفة وهو أحد قولى الشافعى وقال قوم يقتل المأمور دون الآمر وهو أحد قولى الشافعى وقال قوم يقتلان جميعاً وبه قال مالك فمن لم يوجب حداً على المأمور اعتبر تأثير الاكراه في إسقاط كثير من الواجبات في الشرع لكون المكره يشبه من لا اختيار له ومن رأى عليه القتل غلب عليه حكم الاختيار وذلك ان المكره يشبه من جهة المختار ويشبه من جهة المضطر المغلوب مثل الذى يسقط من علو والذى تحمله الريح من موضع الى موضع ومن رأى قتلهم جميعا لم يعذر المأمور بالاكراه ولا الآمر بعدم المباشرة ومن راى قتل الآمر

فقط شبه المأمور بالآلة التى لاتنطق ومن رأى الحد على غير المباشر اعتمد أنه ليس ينطلق عليه اسم قاتل الا بالاستعارة وقد اعتمدت المالكية فى قتل المكره على القتل بالقتل باجماعهم على أنه لو أشرف على الهلاك من مخمصة لم يكن له أن يقتل انسانا فيأكله وأما المشارك للقاتل عمدا فى القتل فقد يكون القتل عمداً وخطأ وقد يكون القاتل مكلفا وغير مكلف وسنذكر العمد عند قتل الجماعة بالواحد وأما اذا اشترك فى القتل عامد ومخطىء أو مكلف وغير مكلف مثل عامد وصبى أو مجنون أو حر وعبد فى قتل عبد عند من لايقيد من الحر بالعبد فان العلماء اختلفوا فى ذلك فقال مالك والشافعى على العامد القصاص وعلى المخطىء والصبى نصف الدية الا ان مالكا يجعله على العاقلة والشافعى فى ماله على ما يأتى وكذلك قالا فى الحر والعبد يقتلان العبد عمدا أن العبد يقتل وعلى الحر نصف القيمة وكذلك الحال فى المسلم والذمى يقتلان جميعاً وقال أبو حنيفة اذا اشترك من يجب عليه القصاص مع من لايجب عليه القصاص فلا قصاص على واحد منهما وعليهما الدية وعمدة الحنفية ان هذه شبهة فان القتل لايتبعض ويمكن أن تكون اقاتة نفسه من فعل الذى لاقصاص عليه كامكان ذلك ممن عليه القصاص وقد قال عليه الصلاة والسلام : ادرؤا الحدود بالشبهات واذا لم يكن الدم وجب بدله وهو الدية وعمدة الفريق الثانى النظر الى المصلحة التى تقتضى التغليظ لحوطة الدما فكان كل واحد منهما انفرد بالقتل فله حكم نفسه وفيه ضعف فى القياس . وأما صفة الذى يجب به القصاص فاتفقوا على انه العمد وذلك انهم أجمعوا على ان القتل صنفان عمد وخطأ . واختلفوا فى هل بينهما وسط أم لا وهو الذى يسمونه شبه العمد فقال به جمهور فقهاء الامصار والمشهور عن مالك نفيه الا فى الابن مع أبيه وقد قيل انه يتخرج عنه فى ذلك رواية أخرى وباثباته قال عمر بن الخطاب وعلى وعثمان وزيد بن ثابت وأبوموسى الاشعرى والمغيرة ولا مخالف لهم من الصحابة والذين قالوا به قالوا فيما هو شبه العمد مما ليس بعمد وذلك راجع فى الاغلب الى الآلات التى بها يقع القتل والى الاحوال التى كان من أجلها الضرب فقال أبوحنيفة كل ما عدا الحديد من القصب أو النار وما يشبه ذلك فهو شبه العمد وقال أبو يوسف ومحمد شبه العمد ما لايقتل مثله وقال الشافعى شبه العمد ما كان عمدا فى الضرب خطأ فى القتل أى ما كان ضربا لم يقصد به القتل فتولد عنه القتل والخطأ ما كان خطأ فيهما جميعا والعمد ما كان عمدا فيهما جميعا وهو حسن فعمدة من نفى شبه العمد انه لا واسطة بين الخطأ والعمد أعنى بين أن يقصد القتل أو لايقصده وعمدة من أثبت الوسط ان النيات لايطلع عليها الا الله تبارك وتعالى وانما الحكم بما ظهر فمن قصد ضرب آخر بآلة تقتل غالبا كان حكمه كحكم الغالب أعنى

حكم من قصد القتل فقتل بلا خلاف ومن قصد ضرب رجل بعينه بآلة لا تقتل غالبا كان حكمه مترددا بين العمد والخطأ هذا في حقنا لا في حق الامر في نفسه عند الله تعالى أما شبهه للعمد فمن جهة ما قصد ضربه وأما شبهه للخطأ فمن جهة أنه ضرب بما لا يصقد به القتل وقد روى حديث مرفوع عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال: الا أن قتل الخطأ شبه العمد ما كان بالسوط والعصا والحجر ديته مغلظة مائة من الابل منها أربعون في بطونها أولادها الا أنه حديث مضطرب عند أهل الحديث لا يثبت من جهة الاسناد فيما ذكره أبو عمر بن عبد البر وان كان أبو داود وغيره قد خرجه فهذا النحو من القتل عند من لا يثبته يجب به القصاص وعند من أثبته تجب به الدية ولا خلاف في مذهب مالك أن الضرب يكون على وجه الغضب والثائرة يجب به القصاص واختلف في الذى يكون عمداً على جهة اللعب أو على جهة الادب لمن أبيح له الادب وأما الشرط الذى يجب به القصاص في المقتول فهو أن يكون مكافئاً لدم القاتل والذى به تختلف النفوس هو الاسلام والكفر والحرية والعبودية والذكورية اوالانوثية والواحد والكثير . واتفقوا على أن المقتول اذا كان مكافئا للقاتل في هذه الاربعة الا أنه يجب القصاص واختلفوا في هذه الاربعة اذا لم تجتمع أما الحر اذا قتل العبد عمداً فان العلماء اختلفوا فيه فقال مالك والشافعى والليث وأحمد وأبو ثور لا يقتل الحر بالعبد وقال أبو حنيفة وأصحابه يقتل الحر بالعبد الا عبد نفسه وقال قوم يقتل الحر بالعبد سواء كان عبد القاتل أو عبد غير القاتل وبه قال النخعى فمن قال لا يقتل الحر بالعبد احتج بدليل الخطاب المفهوم من قوله تعالى (كتب عليكم القصاص في القتلى الحر بالحر والعبد بالعبد) ومن قال يقتل الحر بالعبد احتج بقوله عليه الصلاة والسلام : المسلمون تتكافأ دماؤهم ويسعى بذمتهم أدناهم وهم يد على من سواهم ☆ فسبب الخلاف معارضة العموم لدليل الخطاب ومن فرق فضعيف ولا خلاف بينهم أن العبد يقتل بالحر وكذلك الا نقص بالاعلى ومن الحجة أيضا لمن قال يقتل الحر بالعبد ما رواه الحسن عن سمرة أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : من قتل عبده قتلناه به ومن طريق المعنى قالوا ولما كان قتله محرما كقتل الحر وجب أن يكون القصاص فيه كالقصاص في الحر . وأما قتل المؤمن بالكافر الذمى فاختلف العلماء في ذلك على ثلاثة اقوال فقال قوم لا يقتل مؤمن بكافر وممن قال به الشافعى والثورى وأحمد وداود وجماعة وقال قوم يقتل به وممن قال بذلك أبو حنيفة وأصحابه وابن أبى ليلى وقال مالك والليث لا يقتل به الا أن يقتله غيلة وقتل الغيلة أن يضجعه فيذبحه وبخاصة على ماله فعمدة الفريق الاول ماروى من حديث على انه سأله قيس بن عبادة والاشتر

هل عهد اليه رسول الله صلى الله عليه وسلم عهدا لم يعهده الى الناس قال لا الا ما في كتابي هذا وأخرج كتابا من قراب سيفه فاذا فيه المؤمنون تتكافأ دماؤهم ويسعى بذمتهم أدناهم وهم يد على من سواهم ألا لا يقتل مؤمن بكافر ولا ذو عهد في عهده من أحدث حدثا أو آوى محدثا فعليه لعنة الله والملائكة والناس أجمعين خرجه أبو داود وروى أيضا عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ان النبي صلى الله عليه وسلم قال لا يقتل مؤمن بكافر واحتجوا في ذلك باجماعهم على أنه لا يقتل مسلم بالحربي الذي أمن وأما أصحاب أبي حنيفة فاعتمدوا في ذلك آثاراً منها حديث يرويه ربيعة بن أبي عبد الرحمن عن عبد الرحمن السلماني قال قتل رسول الله صلى الله عليه وسلم رجلا من أهل القبلة برجل من أهل الذمة وقال أنا أحق من وفى بعهده ورووا ذلك عن عمر قالوا وهذا مخصص لعموم قوله عليه الصلاة والسلام لا يقتل مؤمن بكافر أي انه أريد به الكافر الحربي دون الكافر المعاهد وضعف أهل الحديث حديث عبد الرحمن السلماني وما رووا من ذلك عن عمر وأما من طريق القياس فانهم اعتمدوا على اجماع المسلمين في أن يد المسلم تقطع اذا سرق من مال الذمي قالوا فاذا كانت حرمة ماله كحرمة مال المسلم فحرمة دمه كحرمة دمه ✡ فسبب الخلاف تعارض الآثار والقياس واما قتل الجماعة بالواحد فان الجمهور فقهاء الامصار قالوا تقتل الجماعة بالواحد منهم مالك وأبو حنيفة والشافعي والثوري وأحمد وأبو ثور و غيرهم سواء كثرت الجماعة أو قلت وبه قال عمر حتى روى انه قال لو تمالا عليه أهل صنعاء لقتلتهم جميعا وقال داود وأهل الظاهر لا تقتل الجماعة بالواحد وهو قول ابن الزبير وبه قال الزهري وروى عن جابر وكذلك عند هذه الطائفة لا تقطع ايد بيد أعني اذا اشترك اثنان فما فوق ذلك في قطع يد وقال مالك والشافعي تقطع الايدي باليد وفرقت الحنفية بين النفس والاطراف فقالوا تقتل الا نفس بالنفس ولا يقطع بالطرف الا طرف واحد وسيأتي هذا في باب القصاص من الاعضاء فعمدة من قتل بالواحد الجماعة النظر الى المصلحة فانه مفهوم ان القتل انما شرع لنفي القتل كما نبه عليه الكتاب في قوله تعالى « ولكم في القصاص حياة ياأولي الالباب » واذا كان ذلك كذلك فلو لم تقتل الجماعة بالواحد لتذرع الناس الى القتل بان يتعمدوا قتل الواحد بالجماعة لكن للمعترض أن يقول ان هذا انما كان يلزم لو لم يقتل من الجماعة احد فاما ان قتل منهم واحد وهو الذي من قتله يظن اتلاف النفس غالبا على الظن فليس يلزم ان يبطل الحد حتى يكون سببا للتسليط على اذهاب النفوس وعمدة من قتل الواحد بالواحد قوله تعالى « وكتبنا عليهم فيها ان النفس بالنفس والعين بالعين ».

وأما قتل الذكر بالانثى فان ابن المنذر وغيره ممن ذكر الخلاف حكى أنه اجماع الاما حكى عن على من الصحابة وعن عثمان البتى انه اذا قتل الرجل بالمرأة كان على اولياء المرأة نصف الدية وحكى القاضى ابو الوليد الباجى في المنتقى عن الحسن البصرى انه لايقتل الذكر بالانثى وحكاه الخطابى في معالم السنن وهو شاذ ولكن دليله قوى لقوله تعالى (والانثى بالانثى) وان كان يعارض دليل الخطاب ههنا العموم الذى في قوله تعالى (وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس) لكن يدخله ان هـذا الخطاب وارد في غير شريعتنا وهى مسئلة مختلف فيها أعنى هل شرع من قبلنا شرع لنا ام لا والاعتماد في قتل الرجل بالمرأة هو النظر الى المصلحة العامة واختلفوا من هذا الباب في الاب والابن فقال مالك لايقاد الاب بالابن الا ان يضجعه فيذبحه فاما ان حذفه بسيف أو عصى فقتله لم يقتل وكذلك الجد عنده مع حفيده وقال ابو حنيفة والشافعى والثورى لايقاد الوالد بولده ولا الجد بحفيده اذا قتله بأى وجه كان من اوجه العمد وبه قال جمهور العلماء وعمدتهم حديث ابن عباس ان النبى عليه الصلاة والسلام قال : لاتقام الحدود في المساجد ولا يقاد بالولد الوالد وعمدة مالك عموم القصاص بين المسلمين * وسبب اختلافهم ماروره عن يحيى بن سعيد عن عمرو بن شعيب ان رجلا من بنى مدلج يقال له قتادة حذف ابنا له بالسيف فاصاب ساقه فنزى جرحه فمات فقدم سراقة بن جعشم على عمر بن الخطاب فذكر ذلك له فقال له عمر اعدد على ماء قديد عشرين ومائة بعير حتى اقدم عليك فلما قدم عليه عمر اخذ من تلك الابل ثلاثين حقة وثلاثين جذعة وأربعين خلفة ثم قال بن أخو المقتول فقال ها أناذا قال خذها فان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ليس لقاتل شىء فان مالكا حمل هذا الحديث على أنه لم يكن عمداً محضا وأثبت منه شبه العمد فيما بين الابن والأب . وأما الجمهور فحملوه على ظاهره من أنه عمد لاجماعهم ان من حذف آخر بسيف فقتله فهو عمد . وأما مالك فرأى لما للاب من التسلط على تأديب ابنه ومن المحبة له ان حمل القتل الذى يكون في أمثال هذه الاحوال على أنه ليس بعمد ولم يتهمه اذ كان ليس بقتل غيلة فانما يحمل فاعله على أنه قصد القتل من جهة غلبة الظن وقوة التهمة اذ كانت النيات لايطلع عليها الا الله تعالى فمالك لم يتهم الأب حيث أتهم الاجنبى لقوة المحبة التى بين الاب والابن والجمهور انما عللوا درء الحد عن الأب لمكان حقه على الابن والذى يجىء على أصول أهـل الظاهر أن يقاد فهذا هو القول في الموجب .

(وأما القول في الموجب) فاتفقوا على ان لولى الدم أحد شيئين القصاص أو العفو

أما على الدية وأما على غير الدية. واختلفوا هل الانتقال من القصاص الى العفو على أخذ الدية هو حق واجب لولي الدم دون أن يكون في ذلك خيار للمقتص منه أم لا تثبت الدية الا بتراضي الفريقين أعني الولي والقاتل وانه اذا لم يرد المقتص منه أن يؤدي الدية لم يكن لولي الدم الا القصاص مطلقا أو العفو فقال مالك لا يجب للولي الا أن يقتص أو يعفو عن غير دية الا أن يرضى المقتص منه باعطاء الدية القاتل وهي رواية ابن القاسم عنه وبه قال أبو حنيفة والثوري والاوزاعي وجماعة وقال الشافعي وأحمد وأبو ثور وداود وا كثر فقهاء المدينة من أصحاب مالك وغيره ولي الدم بالخيار ان شاء اقتص وان شا أخذ الدية رضي القاتل أو لم يرض وروى ذلك أشهب عن مالك الا أن المشهور عنه هي الرواية الاولى فعمدة مالك في الرواية المشهورة حديث أنس بن مالك في قصة سن الربيع ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: كتاب الله القصاص فعلم بدليل الخطاب أنه ليس له الا القصاص وعمدة الفريق الثاني حديث أبي هريرة الثابت من قتل له قتيل فهو بخير النظرين بين أن يأخذ الدية وبين أن يعفوها حديثان متفق على صحتهما لكن الاول ضعيف الدلالة في أنه ليس له الا القصاص والثاني نص في ازالة الخيار والجمع بينهما ممكن اذا رفع دليل الخطاب من ذلك فان كان الجمع واجبا وممكنا فالمصير الى الحديث الثاني واجب والجمهور على ان الجمع واجب اذا امكن وانه أولى من الترجيح وأيضاً فان الله عز وجل يقول (ولا تقتلوا أنفسكم) واذا عرض على المكلف فداء نفسه بمال فواجب عليه أن يفديها أصله اذا وجد الطعام في مخمصة بقيمة مثله وعنده ما يشتريه أعني أنه يقضى عليه بشرائه فكيف بشراء نفسه ويلزم على هذه الرواية اذا كان للمقتول أولياء صغار وكبار أن يؤخر القتل الى ان يكبر الصغار فيكون لهم الخيار ولا سيما اذ كان الصغار يحجبون الكبار مثل البنين مع الاخوة (قال القاضي) وقد كانت وقعت هذه المسئلة بقرطبة حياة جدي رحمه الله فافتى اهل زمانه بالرواية المشهورة وهوان لا ينتظر الصغير فافتى هو رحمه الله بانتظاره على القياس فشنع اهل زمانه ذلك عليه لما كانوا عليه من شدة التقليد حتى اضطر ان يضع في ذلك قولا ينتصر فيه لهذا المذهب وهو موجود بأيدي الناس والنظر في هذ الباب هو في قسمين في العفو والقصاص والنظر في العفو في شيئين احدهما فيمن له العفو ممن ليس له وترتيب اهل الدم في ذلك وهل يكون له العفو على الدية ام لا وقد تكلمنا في هل له العفو على الدية واما من لهم العفو بالجملة فهم الذين لهم القيام بالدم والذين لهم القيام بالدم هم العصبة عند مالك وعند غيره كل من يرث وذلك انهم اجمعوا على ان المقتول عمداً اذا كان له بنون بالغون فعفا احدهم ان القصاص قد بطل ووجبت الدية واختلفوا في اختلاف البنات

مع البنين في العفو او في القصاص وكذلك الزوجة او الزوج والاخوات فقال مالك ليس للبنات ولا الاخوات قول مع البنين والاخوة في القصاص او ضده ولا يعتبر قولهن مع الرجال وكذلك الامر في الزوجة والزوج وقال ابو حنيفة والثورى واحمد والشافعى كل وارث يعتبر قوله في اسقاط القصاص وفى اسقاط حظه من الدية وفي الاخذ به قال الشافعي الغائب منهم والحاضر والصغير والكبير سواء وعمـدة هؤلاء اعتبارهم الدم بالدية وعمدة الفريق الاول ان الولاية انمـا هي للذكر ان دون الاناث واختلف العلماء في المقتول عمداً اذا عفا عن دمه قبل أن يموت هل ذلك جائز على الاولياء وكذلك في المقتول خطأ اذا عفا عن الدية فقال قوم اذا عفا المقتول عن دمه في العمد مضى ذلك وممن قال بذلك مالك وأبو حنيفة والاوزاعى وهذا أحد قولى الشافعى وقالت طائفة أخرى لايلزم عفوه وللاولياء القصاص أو العفو وممن قال به أبو ثور وداود وهو قول الشافعى بالعراق وعمدة هذه الطائفة ان الله خير الولى في ثلاث اما العفو واما القصاص واما الدية وذلك عام في كل مقتول سواء عفا عن دمه قبل الموت أولم يعف وعمدة الجمهور أن الشيء الذى جعل للولى انما هو حق المقتول فناب فيه منابه وأقيم مقامه فكان المقتول أحق بالخيار من الذى أقيم مقامه بعد موته وقد أجمع العلماء على ان قوله تعالى فمن تصدق به فهو كفارة له ان المراد بالمصدق هاهنا هو المقتول يتصـدق بدمه وانما اختلفوا على من تعود الضمير فى قوله فهو كفارة له فقيل على القاتل لمن رأى له توبة وقيل على المقتول من ذنوبه وخطاياه وأما اختلافهم في عفو المقتول خطأ عن الدية فقال مالك والشـافعى وأبو حنيفة وجمهور فقهاء الامصار ان عفوه من ذلك في ثلثه الا أن يجيزه الورثة وقال قوم يجوز في جميع ماله وممن قال به طاوس والحسن وعمـدة الجمهور أنه واهب مالا له بعد موته فلم يجز الا في الثلث أصله الوصية وعمدة الفرقة الثانية إنه اذا كان له أن يعفو عن الدم فهو أحرى أن يعفو عن المـال وهذه المسئلة هى أخص بكتاب الديات واختلف العلماء إذا عفا المجروح عن الجرحات فمات منها هل للاولياء أن يطالبوا بدمه أم لا فقال مالك لهم ذلك الا أن يقول عفوت عن الجراحات وعما تؤول اليه وقال أبو يوسف ومحمد اذا عفا عن الجراحة ومات فلا حق لهم والعفو عن الجراحات عفو عن الدم وقال قوم بل تلزمهم الدية اذا عفا عن الجراحات مطلقا وهؤلاء اختلفوا فمنهم من قال تلزم الجارح الدية كلها واختاره المزنى من أقوال الشافعى ومنهم من قال يلزم من الدية ما بقى منها بعد اسقاط دية

الجرح الذى عفا عنه وهو قول الثورى وأما من يرى أنه لا يعفو عن الدم فليس يتصور معه خلاف في أنه لا يسقط ذلك طلب الولى الدية لانهاذا كان عفوه عن الدم لايسقط حق الولى فأحرى أن لايسقط عفوه عن الجرح * واختلفوا فى القاتل عمدا يعفى عنه هل يبقى للسلطان فيه حق أم لا فقال مالك والليث انه يجلد مائة ويسجن سنة وبه قال أهل المدينة وروى ذلك عن عمر وقالت طائفة الشافعى وأحمد وإسحاق وأبو ثور لايجب عليه ذلك وقال أبو ثور الا ان يكون يعرف بالشر فيؤديه الامام على قدر مايرى ولاعمدة للطائفة الاولى الا أثر ضعيف وعمدة الطائفة الثانية ظاهر الشرع وأن التحديد في ذلك لايكون الا بتوقيف ولاتوقيف ثابت في ذلك .

(القول في القصاص)

والنظر في القصاص هو في صفة القصاص وممن يكون ومتى يكون فاما صفة القصاص في النفس فان العلماء اختلفوا في ذلك فنهم من قال يقتص من القاتل على الصفة التى قتل فمن قتل تغريقا قتل تغريقا ومن قتل بضرب بحجر قتل بمثل ذلك وبه قال مالك والشافعى قالوا الا أن يطول تعذيبه بذلك فيكون السيف له أروح واختلف أصحاب مالك فيمن حرق آخر هل يحرق مع موافقتهم لمالك في احتذاء صورة القتل وكذلك فيمن قتل بالسهم وقال أبو حنيفة وأصحابه باى وجه قتله لم يقتل الا بالسيف وعمدتهم ماروى الحسن عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال لاقود الابحديدة وعمدة الفريق الاول حديث أنس أن يهوديا رضخ رأس مرأة بحجر فرضخ النبى صلى الله عليه وسلم رأسه بحجر أو قال بين حجرين وقوله كتب عليكم القصاص فى القتلى) والقصاص يقتضى المماثلة وأما ممن يكون القصاص فالظاهر انه يكون من ولى الدم وقد قيل انه لا يمكن منه لمكان العداوة مخافة أن يجوز فيه وأما متى يكون القصاص فبعد ثبوت موجباته والا والاعذار الى القاتل في ذلك ان لم تكن مقرا واختلفوا هل من شرط القصاص أن لايكون الموضع الحرم وأجمعوا على أن الحامل اذا قتلت عمدا انه لا يقاد منها حتى تضع حملها كمل كتاب القصاص في النفس واختلفوا فى القاتل بالسم والجمهور على وجوب القصاص وقال بعض أهل الظاهر لا يقبض منه من أجل انه عليه السلام سم هو وأصحابه فلم يتعرض لمن سمه

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

(وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما)

﴿ كتاب الجراح ﴾

والجراح صنفان منها ما فيه القصاص أو الدية أو العفو ومنها ما فيه الدية أو العفو ولنبدأ بما فيه القصاص والنظر ايضا هاهنا في شروط الجارح والجرح الذى به يحق القصاص والمجروح وفي الحكم الواجب الذى هو القصاص وفي بدله ان كان له بدل

(القول في الجارح)

ويشترط في الجارح ان يكون مكلفا كما يشترط ذلك في القاتل وهو ان يكون بالغا عاقلا والبلوغ يكون بالاحتلام والسن بالاخلاف وان كان الخلاف في مقداره فاقصاه ثمانية عشر سنة وأقله خمسة عشر سنة وبه قال الشافعى ولا خلاف أن الواحد اذا قطع عضو انسان واحد اقتص منه اذا كان مما فيه القصاص واختلفوا اذا قطعت جماعة عضوا واحدا فقال أهل الظاهر لاتقطع يدان في يد وقال مالك والشافعى تقطع الايدى باليد الواحدة كما تقتل عندهم الانفس بالنفس الواحدة وفرقت الحنفية بين النفس والاطراف فقالوا لا تقطع أعضاء بعضو وتقتل أنفس بنفس وعندهم أن الاطراف تتبعض وازهاق النفس لايتبعض واختلف في الانبات فقال الشافعى هو بلوغ باطلاق واختلف المذهب فيه في الحدود هل هو بلوغ فيها أم لا والاصل في هذا كله حديث بنى قريظة انه صلى الله عليه وسلم قتل منهم من أنبت وجرت عليه المواسى كما أن الاصل في السن حديث ابن عمر أنه عرضه يوم الخندق وهو ابن أربع عشرة سنة فلم يقبله وقبله يوم أن وهو ابن خمسة عشرة سنة .

(القول في المجروح)

وأما المجروح فانه يشترط فيه أن يكون دمه مكافئا لدم الجارح والذى يؤثر في التكافؤ العبودية والكفر أما العبد والحر فانهم اختلفوا في وقوع القصاص بينهما في الجرح كاختلافهم في النفس فنهم من رأى أنه لا يقتص من الحر للعبد ويقتص للحر من العبد

كالحال في النفس ومنهم من رأى أنه يقتص لكل واحد منهما من كل واحد ولم يفرق بين الجرح والنفس ومنهم من فرق فقال يقتص من الاعلى للادنى فى النفس والجرح ومنهم من قال يقتص من النفس دون الجرح وعن مالك الروايتان والصواب كما يقتص من النفس أن يقتص من الجرح فهذه هي حال العبيد مع الاحرار وأما حال العبيد بعضهم مع بعض فان العلماء فيهم ثلاثة أقوال . أحدها أن القصاص بينهم في النفس وما دونها وهو قول الشافعي وجماعة وهو مروى عن عمر بن الخطاب وهو قول مالك . والقول الثانى أنه لا قصاص بينهم لا في النفس ولا في الجرح وأنهم كالبهائم وهو قول الحسن وابن شبرمة وجماعة : والثالث أن القصاص بينهم في النفس دون ما دونها وبه قال أبو حنيفة والثورى وروى ذلك عن ابن مسعود وعمدة الفريق الاول قوله تعالى (والعبد بالعبد) وعمدة الحنفية ماروى عن عمران بن الحصين أن عبدا لقوم فقراء قطع أذن عبد لقوم أغنياء فاتوا رسول الله صلى الله عليه وسلم فلم يقتص منه فهذا هو حكم النفس .

(القول في الجرح)

وأما الجرح فانه يشترط فيه أن يكون على وجه العمد أعنى الجرح الذى يجب فيه القصاص والجرح لايخلوان يكون يتلف جارحة من جوارح المجروح أولا يتلف فان كان مما يتلف جارحة فالعمد فيه هو ان يقصد ضربه على وجه الغضب بما يجرح غالبا وأما ان جرحه على وجه اللعب أو بما لا يجرح به غالبا أو على وجه الادب فيشبه ان يكون فيه الخلاف الذى يقع في القتل الذى يتولد عن الضرب فى اللعب والادب بما لا يقتل غالبا فان أبا حنيفة يعتبر الآلة حتى يقول ان القاتل بالمثقل لايقتل وهو شذوذ منه أعنى بالخلاف هل فيه القصاص أو الدية ان كان الجرح مما فيه الدية واما ان كان الجرح قد أتلف جارحة من جوارح المجروح فمن شرط القصاص فيه العمد أيضا بلا خلاف وفي تمييز العمد منه من غير العمد خلاف أما اذا ضربه على العضو نفسه فقطعه وضربه بآلة تقطع العضو غالبا أو ضربه على وجه الثائرة فلا خلاف أن فيه القصاص وأما ان ضربه بلطمة أو سوط أو ما أشبه ذلك مما الظاهر منه أنه لم يقصد اتلاف العضو مثل أن يلطمه فيفقأ عينه فالذى عليه الجمهور أنه شبه العمد ولا قصاص فيه وفيه الدية مغلظة فى ماله وهى رواية العراقيين عن مالك والمشهور في المذهب

أن ذلك عمد وفيه القصاص الا في الاب مع ابنه وذهب أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد الى أن شبه العمد انما هو في النفس لا في الجرح واما ان جرحه فاتلف عضوا على وجه اللعب ففيه قولان . أحدهما وجوب القصاص ، والثانى نفيه وما يجب على هذين القولين ففيه القولان قيل الدية مغلظة وقيل دية الخطأ أعنى فيما فيه دية وكذلك اذا كان على وجه الادب ففيه الخلاف . وأما ما يجب في جراح العمد اذا وقعت على الشروط التى ذكرنا فهو القصاص لقوله تعالى (والجروح قصاص) وذلك فيما أمكن القصاص فيه منها وفيما وجد منه محل القصاص ولم يخش منه تلف النفس وانما صاروا لهذا المروى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رفع القود في المأمومة والمنقلة والجائفة فرأى مالك ومن قال بقوله ان هذا حكم ماكان في معنى هذه من الجراح التى هي متالف مثل كسر عظم الرقبة والصلب والصدر والفخذ وما أشبه ذلك وقد اختلف قول مالك في المنقلة فمرة قال بالقصاص ومرة قال بالدية وكذلك الامر عند مالك فيما لايمكن فيه التساوى فى القصاص مثل الاقتصاص من ذهاب بعض النظر أو بعض السمع ويمنع القصاص أيضاً عند مالك عدم المثل مثل أن يفقأ أعمى عين بصير .واختلفوا من هذا في الاعور يفقأ عين الصحيح عمدا فقال الجمهور ان أحب الصحيح ان يستقيد منه فله القود.واختلفوا اذا عفا عن القود فقال قوم ان أحب فله الدية كاملة ألف دينار وهو مذهب مالك وقيل ليس له الا نصف الدية وبه قال الشافعي وهو أيضا منقول عن مالك وبقول الشافعي قال ابن القاسم وبالقول الآخر قال المغيرة من أصحابه وابن دينار وقال الكوفيون ليس للصحيح الذى فقئت عينه الا القود أوما اصطلحا عليه وقد قيل لايستقيد من الاعور وعليه الدية كاملة روى هذا عن ابن المسيب وعن عثمان وعمدة صاحب هذا القول ان عين الاعور بمنزلة عينين فمن فقاها في واحدة فكانه اقتص من اثنين في واحدة وإلى نحو هذا ذهب من رأى أنه اذا ترك القود ان له دية كاملة ويلزم حامل هذا القول أن لايستقيد ضرورة ومن قال بالقود وجعل الدية نصف الدية فهو أحرز لاصله فتأمله فانه بين بنفسه والله أعلم. وأما هل المجروح مخير بين القصاص وأخذ الدية أم ليس له الا القصاص فقط الا ان يصطلحا على أخذ الدية ففيه القولان عن مالك مثل القولين في القتل وكذلك أحد قولى مالك في الاعور يفقأ عين الصحيح أن الصحيح يخير بين أن يفقأ عين الاعور أو يأخذ الدية ألف دينار أو خمسمائة على الاختلاف في ذلك .

(وأما متى يستقاد من الجرح) فعند مالك أنه لا يستقاد من جرح الا بعد اندماله وعند الشافعي على الفور فالشافعي تمسك بالظاهر ومالك رأى أنه

يعتبر ما يؤول اليه أمر الجرح مخافة ان يفضى الى اتلاف النفس . واختلف العلماء في المقتص من الجرح يموت المقتص منه من ذلك الجرح فقال مالك والشافعي وأبو يوسف ومحمد لا شيء على المقتص وروى عن على وعمر مثل ذلك وبه قال أحمد وأبو ثور وداود وقال أبو حنيفة والثورى وابن أبى ليلى وجماعة اذا مات وجب على عاقلة المقتص الدية وقال بعضهم هي في ماله وقال عثمان البتى يسقط عنه من الدية قدر الجراحة التى اقتص منها وهو قول ابن مسعود فعمدة الفريق الاول اجماعهم على أن السارق اذا مات من قطع يده انه لاشيء على الذى قطع يده وعمدة أبى حنيفة أنه قتل خطأ فوجبت فيه الدية ولا يقاد عند مالك في الحر الشديد ولا البرد الشديد ويؤخر ذلك مخافة أن يموت المقاد منه وقد قيل أن المكان شرط فى جواز القصاص وهو غير الحرم فهذا هو حكم العمد في الجنايات على النفس وفي الجنايات على أعضاء البدن وينبغى أن نصير الى حكم الخطأ في ذلك ونبتدىء بحكم الخطأ في النفس .

كتاب الديات في النفوس

والأصل فى هذا الباب قوله تعالى (ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة الى أهله الا أن يصدقوا) والديات تختلف في الشريعة بحسب اختلاف الدماء وبحسب اختلاف الذين تلزمهم الدية وتختلف أيضا بحسب العمد اذا رضى بها إما الفريقان وإما من له القود على ماتقدم من الاختلاف والنظر في الدية هو فى موجبها أعنى في أى قتل تجب ثم في نوعها وفى قدرها وفي الوقت الذى تجب فيه وعلى من تجب. فاما فى أى قتل تجب فانهم اتفقوا على أنها تجب في قتل الخطأ وفي العمد الذى يكون من غير مكلف مثل المجنون والصبى وفي العمد الذى تكون حرمة المقتول فيه ناقصة عن حرمة القاتل مثل الحر والعبد ومن قتل الخطأ ما اتفقوا على أنه خطأ ومنه ما اختلفوا فيه وقد تقدم صدراً من ذلك وسيأتى بعد ذلك اختلافهم في تضمين الراكب والسائق والقائد وأما قدرها ونوعها فانهم اتفقوا على أن دية الحر المسلم على أهل الابل مائة من الابل وهى في مذهب مالك ثلاثة ديات دية الخطأ ودية العمد اذا قبلت ودية شبه العمد وهى عند مالك فى الاشهر عنه مثل فعل المدلجى بابنه . وأما الشافعى فالدية عنه اثنان فقط مخففة ومغلظة فالمخففة دية الخطأ والمغلظة دية العمد ودية شبه العمد وأما أبو حنيفة فالديات عنده اثنان أيضا دية الخطأ ودية شبه العمد وليس عنده دية في العمد وانما الواجب عنده في العمد ما اصطلحا عليه وهو حال عليه غير مؤجل

وهو معنى قول مالك المشهور لانه اذا لم تلزمه الدية عنده الا باصطلاح فلا معنى لتسميتها دية الا ماروى عنه أنها تكون مؤجلة كدية الخطأ فهنا يخرج حكمها عن حكم المال المصطلح عليه ودية العمد عنده ارباع خمس وعشرون بنت مخاض وخمس وعشرون بنت لبون وخمس وعشرون حقة وخمس وعشرون جذعة وهو قول ابن شهاب وربيعة والدية المغلظة عنده أثلاثا ثلاثون حقة وثلاثون جذعة وأربعون خلفة وهي الحوامل ولا تكون المغلظة عنده في المشهور الا في مثل فعل المدلجي بابنه وعند الشافعي أنها تكون في شبه العمد أثلاثا أيضا وروى ذلك أيضا عن عمر وزيد بن ثابت وقال أبو ثور الدية في العمد اذا عفا ولى الدم اخماسا كدية الخطا . واختلفوا في اسنان الابل في دية الخطا فقال مالك والشافعي هي اخماس عشرون ابنة مخاض وعشرون ابنة لبون وعشرون ابن لبون ذكر وعشرون حقة وعشرون جذعة وهو مروى عن ابن شهاب وربيعة وبه قال أبو حنيفة وأصحابه أعنى التخميس الا انهم جعلوا مكان ابن لبون ذكر ابن مخاض ذكر وروى عن ابن مسعود الوجهان جميعا وروى عن سيدنا على انه جعلها أرباعا أسقط منها الخمس والعشرين بنى لبون واليه ذهب عمر بن عبد العزيز ولا حديث في ذلك مسند فدل على الاباحة والله أعلم كما قال أبو عمر بن عبد البر وخرج البخارى والترمذى عن ابن مسعود عن النبى صلى الله عليه وسلم انه قال في دية الخطأ عشرون بنت مخاض وعشرون ابن مخاض ذكور وعشرون بنات لبون وعشرون جذعة وعشرون حقة واعتل لهذا الحديث أبو عمر بانه روى عن حنيف ابن مالك عن ابن مسعود وهو مجهول قال وأحب الى في ذلك الرواية عن على لانه لم يختلف في ذلك عليه كما اختلف على ابن مسعود وخرج أبو داود عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى ان من قتل خطأ فديته مائة من الابل ثلاثون بنت مخاض وثلاثون بنت لبون وثلاثون حقة وعشرة بنو لبون ذكر قال أبو سليمان الخطابى هذا الحديث لا أعرف أحدا من الفقهاء المشهورين قال به وانما قال أكثر العلماء ان دية الخطأ أخماس وان كانوا اختلفوا في الاصناف وقد روى ان دية الخطأ مربعة عن بعض العلماء وهم الشعبى والنخعى والحسن البصرى وهؤلاء جعلوها خمسا وعشرين جذعة وخمسا وعشرين حقة وخمسا وعشرين بنات لبون وخمسا وعشرين بنات مخاض كما روى عن على وخرجه أبو داود وانما صار الجمهور الى تخميس دية الخطا عشرون حقة وعشرون جذعة وعشرون بنت مخاض وعشرون بنت لبون وعشرون بنو مخاض ذكر وان كان لم يتفقوا على بنى المخاض لانها لم تذكر في اسنان فيها وقياس من أخذ بحديث التخميس في الخطأ وحديث التربيع في شبه العمد وان

ثبت هذا النوع الثالث أن يقول في دية العمد بالتثليث كما قد روى ذلك عن الشافعى ومن لم يقل بالتثلث شبه العمد بما دونه فهذا هو مشهور أقاويلهم في الدية التى تكون من الابل على أهل الابل وأما أهل الذهب والورق فانهم اختلفوا أيضا فيما يجب من ذلك عليهم فقال مالك على أهل الذهب ألف دينار وعلى أهل الورق اثنا عشر ألف درهم وقال أهل العراق على أهل الورق عشرة آلاف درهم وقال الشافعى بمصر لا يؤخذ من أهل الذهب ولا من أهل الورق إلا قيمة الابل بالغاما بلغت وقوله بالعراق مثل قول مالك وعمدة مالك تقويم عمر بن الخطاب المائة من الابل على أهل الذهب بالف دينار وعلى أهل الورق باثنى عشر الف درهم وعمدة الحنفية ما رووا أيضا عن عمر أنه قوم الدينار بعشرة دراهم واجماعهم على تقويم المثقال بها فى الزكاة وأما الشافعى فيقول ان الاصل في الدية انما هو مائة بعير وعمر انما جعل فيها الف دينار على أهل الذهب واثنى عشر الف درهم على أهل الورق لان ذلك كان قيمة الابل من الذهب والورق في زمانه والحجة له ماروى عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أنه قال كانت الديات على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ثمانمائة دينار وثمانية آلاف درهم ودية أهـل الكتاب على النصف من دية المسلمين قال فكان ذلك حتى استخلف عمر فقام خطيباً فقال ان الابل قد غلت ففرضها عمر على أهل الورق اثنى عشر الف درهم وعلى أهل الذهب ألف دينار وعلى أهل البقر مائتى بقرة وعلى أهل الشاة الفى شاة وعلى أهل الحلل مائتى حلة وترك دية أهل الذمة لم يرفع فيها شيئا واحتج بعض الناس لمالك لانه لوكان تقويم عمر بدلا لكان ذلك دينا بدين لاجماعهم ان الدية في الخطأ مؤجلة لثلاث سنين ومالك وأبو حنيفة وجماعة متفقون على ان الدية لاتؤخذ الامن الابل أو الذهب أو الورق وقال أبو يوسف ومحمد بن الحسن والفقهاء السبعة المدنيون يوضع على أهل الشاة الفاشاة وعلى أهل البقر مائتا بقرة وعلى أهل البرود مائتا حلة وعمدتهم حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده المتقدم وما أسنده أبو بكر بن أبى شيبة عن عطاء أن رسول الله صلى الله عليه وسلم وضع الدية على الناس في أموالهم ما كانت على أهل الابل مائة بعير وعلى أهل الشاة الفا شاة وعلى أهل البقر مائتا بقرة وعلى أهل البرود مائتا حلة وما روى عن عمر بن عبد العزيز أنه كتب الى الاجناد أن الدية كانت على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم مائة بعير قال فان كان الذى أصابه من الاعراب فديته من الابل لايكلف الاعرابى الذهب ولا الورق فان لم يجد الاعرابى مائة من الابل فعد لها من الشاة ألف شاة ولان أهل العراق أيضا رووا عن عمر مثل حديث

عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده نصاً وعمدة الفريق الاول انه لو جاز ان تقوم بالشاة والبقر لجاز ان تقوم بالطعام على اهل الطعام وبالخيل على اهل الخيل وهذا لا يقول به احد والنظر في الدية كما قلت هو في نوعها وفي مقدارها وعلى من تجب وفيما تجب ومتى تجب ، اما نوعها ومقدارها فقد تكلمنا فيه في الذكور الاحرار المسلمين واما على من تجب فلا خلاف بينهم ان دية الخطأ تجب على العاقلة وانه حكم مخصوص من عموم قوله تعالى (ولا تزر وازرة وزر اخرى)ومن قوله عليه الصلاة و السلام لابي رمثة لولده لا يجنى عليك ولا تجنى عليه،واما دية العمد فجمهورهم على انها ليست على العاقلة لما روى عن ابن عباس ولا مخالف له من الصحابة انه قال لاتحمل العاقلة عمداً ولا اعترافا ولا صلحا في عمد وجمهورهم على انها لا تحمل من أصاب نفسه خطأً وشذ الأوزاعي فقال من ذهب يضرب العدو فقتل نفسه فعلى عاقلته الدية وكذلك عندهم في قطع الاعضاء وروى عن عمر أن رجلا فقأ عين نفسه خطأً فقضى له عمر بديتها على عاقلته واختلفوا في دية شبه العمد وفي الدية المغلظة على قولين واختلفوا في دية ما جناه المجنون والصبي على من تجب فقال مالك وأبو حنيفة وجماعة أنه كله يحمل على العاقلة وقال الشافعي عمد الصبي في ماله ☆ وسبب اختلافهم تردد فعل الصبي بين العامد والخطىء فمن غلب عليه شبه العمد أوجب الدية في ماله ومن غلب عليه شبه الخطأ أوجبها على العاقلة وكذلك اختلفوا اذا اشترك في القتل عامد وصبي والذين أوجبوا على العامد القصاص وعلى الصبي الدية اختلفوا على من تكون فقال الشافعي على أصله في مال الصبي وقال مالك على العاقلة وأما أبو حنيفة فيرى أن لاقصاص بينهما . وأما متى تجب فانهم اتفقوا على أن دية الخطأ مؤجلة في ثلاث سنين وأما دية العمد فحالة الا أن يصطلحا على التأجيل .وأما من هم العاقلة فان جمهور العلماء من أهل الحجاز اتفقوا على أن العاقلة هي القرابة من قبل الاب وهم العصبة دون أهل الديوان وتحمل الموالي العقل عند جمهورهم اذا عجزت عنه العصبة الا داود فانه لم ير الموالي عصبة وليس فيما يجب على واحد واحد منهم حد عند مالك وقال الشافعي على الغني دينار وعلى الفقير نصف دينار وهي عند الشافعي مرتبة على القرابة بحسب قربهم فالاقرب من بني أبيه ثم من بني جده ثم من بني بني أبيه وقال أبو حنيفة و أصحابه العاقلة هم أهل ديوانه إن كان من اهل ديوان وعمدة أهل الحجاز انه تعاقل الناس في زمان رسول الله صلى الله عليه وسلم وفي زمان أبي بكر ولم يكن هنالك ديوان وانما كان الديوان في زمان عمر بن الخطاب واعتمد الكوفيون حديث جبير بن مطعم عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال :لا حلف

في الاسلام وانما حلف كان في الجاهلية فلا يزيده الاسلام الا قوة والجملة فتمسكوا في ذلك بنحو تمسكهم في وجوب الولاء للحلفاء واختلفوا في جناية من لا عصبة له ولا موالى وهم السائبة اذا جنوا خطا هل يكون عليه عقل أم لا وان كان فعلى من يكون فقال من لم يجعل لهم موالى ليس على السائبة عقـل وكذلك من لم يجعل العقل على الموالى وهو داود وأصحابه وقال من جعل ولاءه لمن اعتقه عليه عقله وقال من جعل ولاءه للمسلمين عقله في بيت المال ومن قال إن للسائبة ان يوالى من شاء جعل عقله لمن والاه وكل هذه الاقاويل قد حكيت عن السلف والديات تختلف بحسب اختلاف المودى فيه والمؤثر في نقصان الدية هي الانوثة والكفر والعبودية اما دية المرأة فانهم اتفقوا على انها على النصف من دية الرجل في النفس فقط واختلفوا فيما دون النفس من الشجاج والاعضاء على ماسياتى القول فيه في ديات الجروح والاعضاء وأما دية أهل الذمة اذا قتلوا خطأ فان العلماء في ذلك ثلاثة أقوال : أحدها أن ديتهم على النصف من دية المسلم ذكرانهم على النصف من ذكران المسلمين ونساؤهم على النصف من نسائهم وبه قال مالك وعمر بن عبد العزيز وعلى هذا تكون دية جراحهم على النصف من دية المسلمين والقول الثانى أن ديتهم ثلث دية المسلم وبه قال الشافعي وهو مروى عن عمر بن الخطاب وعثمان بن عفان وقال به جماعة من التابعين ، والقول الثالث أن ديتهم مثل دية المسلمين وبه قال أبو حنيفة والثورى وجماعة وهو مروى عن ابن مسعود وقد روى عن عمر وعثمان وقال به جماعة من التابعين فعمدة الفريق الاول ما روى عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال دية الكافر على النصف من دية المسلم وعمدة الحنفية عموم قوله تعالى (وان كان من قوم بينكم وبينهم ميثاق فدية مسلمة الى أهله وتحرير رقبة مؤمنة) ومن السنة مارواه معمر عن الزهرى قال دية اليهودى والنصرانى وكل ذمى مثل دية المسلم قال وكانت كذلك على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبى بكر وعمر وعثمان وعلى حتى كان معاوية فجعل في بيت المال نصفها وأعطى أهل المقتول نصفها ثم قضى عمر بن العزيز بنصف الدية وألغى الذى جعله معاوية في بيت المال قال الزهرى فلم يقض لى أن أذكر بذلك عمر بن عبد العزيز فاخبره أن الدية قد كانت تامة لاهل الذمة . وأما اذا قتل العبد خطأ أو عمدا على من لا يرى القصاص فيه فقال قوم عليه قيمته بالغة مابلغت وان زادت على دية الحر وبه قال مالك والشافعي وأبو يوسف وهو قول سعيد بن المسيب وعمر بن عبد العزيز وقال أبو حنيفة ومحمد لا يتجاوز بقيمة العبد الدية وقالت طائفة من فقهاء الكوفية فيه الدية ولكن لا يبلغ به دية الحر ينقص منها شيئا وعمدة الحنفية ان الرق حال نقص

فوجب أن لا تزيد قيمته على دية الحر وعمدة من أوجب فيه الدية ولكن ناقصة عن دية الحر أنه مكلف ناقص فوجب أن يكون الحكم ناقصا عن الحر لكن واحداً بالنوع أصله الحد فى الزنا والقذف والخمر والطلاق ولو قيل فيه أنها تكون على النصف من دية الحر لكان قولا له وجه أعنى فى دية الخطأ لكن لم يقل به أحد وعمدة مالك أنه مال قد اتلف فوجب فيه القيمة أصله سائر الاموال. واختلف فى الواجب فى العبد على من يجب فقال أبو حنيفة هو على عاقلة القاتل وهو الاشهر عن الشافعى وقال مالك هو على القاتل نفسه وعمدة مالك تشبيه العبد بالعروض وعمدة الشافعى قياسه على الحر.

ومما يدخل في هذا الباب

من أنواع الخطأ دية الجنين وذلك لان سقوط الجنين عن الضرب ليس هو عمداً محضا وإنما هو عمد فى أمه خطأ فيه والنظر فى هذا الباب هو أيضا فى الواجب فى ضروب الاجنة وفى صفة الجنين الذى يجب فيه الواجب وعلى من يجب ولمن يجب وفى شروط الوجوب. فاما الاجنة فانهم اتفقوا على أن الواجب فى جنين الحرة وجنين الامة من سيدها هو غرة لما ثبت عنه صلى الله عليه وسلم من حديث أبى هريرة وغيره أن امرأتين من هذيل رمت احداهما الاخرى فطرحت جنينها فقضى فيه رسول الله صلى الله عليه وسلم بغرة عبد أو وليدة. واتفقوا على أن قيمة الغرة الواجبة فى ذلك عند من رأى أن الغرة فى ذلك محدودة بالقيمة وهو مذهب الجمهور هى نصف عشر دية أمه الا أن من رأى أن الدية الكاملة على أهل الدراهم هى عشرة آلاف درهم قال دية الجنين خمسمائة درهم ومن رأى أنها اثنا عشر الف درهم قال ستمائة درهم والذين لم يحدوا فى ذلك حدا أو لم يحدوها من جهة القيمة وأجازوا اخراج قيمتها عنها قالوا الواجب فى ذلك قيمة الغرة بالغة ما بلغت وقال داود وأهل الظاهر كل ما وقع عليه اسم غرة أجزأ ولا يجزىء عنده القيمة فى ذلك فيما أحسب. واختلفوا فى الواجب فى جنين الامة وفى جنين الكتابية فذهب مالك والشافعى الى أن فى جنين الامة عشر قيمة أمه ذكراً كان أو انثى يوم يجنى عليه وفرق قوم بين الذكر والانثى فقال قوم ان كان أنثى فيه عشر قيمة أمه وان كان ذكراً فعشر قيمته لو كان حيا وبه قال أبو حنيفة ولا خلاف عندهم ان جنين الامة اذا سقط حيا ان فيه قيمته وقال أبو يوسف فى جنين الامة اذا سقط ميتا منها ما نقص من قيمة أمه وأما جنين الذمية فقال مالك والشافعى وأبو حنيفة فيه عشر دية أمه لكن أبو حنيفة على أصله فى أن

دية الذمى دية المسلم والشافعى على أصله فى أن دية الذمى ثلث دية المسلم ومالك على أصله فى أن دية الذمى نصف دية المسلم وأما صفة الجنين الذى تجب فيه فانهم اتفقوا على أن من شروطه أن يخرج الجنين ميتا ولا تموت أمه من الضرب واختلفوا اذا ماتت أمه من الضرب ثم سقط الجنين ميتا فقال الشافعى ومالك لا شىء فيه وقال أشهب فيه الغرة وبه قال الليث وربيعة والزهرى . واختلفوا من هذا الباب فى فروع وهى العلامة التى تدل على سقوطه حيا أو ميتا فذهب مالك وأصحابه الا أن علامة الحياة الاستهلال بالصياح أو البكاء وقال الشافعى وأبو حنيفة والثورى وأكثر الفقهاء كل ما علمت به الحياة فى العادة من حركة أو عطاس أو تنفس فاحكامه أحكام الحى وهو الاظهر . واختلفوا من هذا الباب فى الخلقة التى توجب الغرة فقال مالك كلما طرحته من مضغة أو علقة مما يعلم أنه ولد ففيه الغرة وقال الشافعى لا شىء فيه حتى تستبين الخلقة والاجود أن يعتبر نفخ الروح فيه أعنى أن يكون تجب فيه الغرة اذا علم ان الحياة قد كانت وجدت فيه . واما على من تجب فانهم اختلفوا فى ذلك فقالت طائفة منهم مالك والحسن بن حى والحسن البصرى هى فى مال الجانى وقال آخرون هى على العاقلة وممن قال بذلك الشافعى وأبو حنيفة والثورى وجماعة عمدتهم انها جناية خطا فوجبت على العاقلة وما روى أيضا عن جابر بن عبد الله ان النبى صلى الله عليه وسلم جعل فى الجنين غرة على عاقلة الضارب وبدأ بزوجها وولدها وأما مالك فشبهها بدية العمد اذا كان الضرب عمداً. وأما لمن تجب فقال مالك والشافعى وأبو حنيفة لورثة الجنين وحكمها حكم الدية فى أنها موروثة وقال ربيعة والليث هى للام خاصة وذلك أنهم شبهوا جنينها بعضو من أعضائها ومن الواجب الذى اختلفوا فيه فى الجنين مع وجوب الغرة وجوب الكفارة فذهب الشافعى الى ان فيه الكفارة واجبة وذهب أبو حنيفة الى أنه ليس فيه كفارة واستحسنها مالك ولم يوجبها فاما الشافعى فانه أوجبها لان الكفارة عنده واجبة فى العمد والخطأ وأما أبو حنيفة فانه غلب عليه حكم العمد والكفارة لا تجب عنده فى العمد وأما مالك فلما كانت الكفارة لا تجب عنده فى العمد وتجب فى الخطا وكان هذا متردداً عنده بين العمد والخطا استحسن فيه الكفارة ولم يوجبها. ومن أنواع الخطا المختلف فيه اختلافهم فى تضمين الراكب والسائق والقائد فقال الجمهور هم ضامنون لما أصابت الدابة واحتجوا فى ذلك بقضاء عمر على الذى أجرى فرسه فوطىء آخر بالعقل وقال أهل الظاهر لا ضمان على أحد فى جرح العجماء واعتمدوا الاثر الثابت فيه عنه صلى الله عليه وسلم من حديث أبى هريرة أنه قال عليه الصلاة والسلام. جرح العجماء جبار والبئر جبار

والمعدن جبار وفي الركاز الخمس فحمل الجمهور الحديث على انه اذا لم يكن للدابة را كب ولا سائق ولا قائد لانهم رأوا انه اذا أصابت الدابة أحدا وعليها را كب أولها قائد أو سائق فان الراكب لها أوالسائق أوالقائد هو المصيب ولكن خطأ. واختلف الجمهور فيما أصابت الدابة برجلها فقال مالك لاشيء فيه ان لم يفعل صاحبها لدابة بالدابة شيأ يبعثها به على أن ترمح برجلها وقال الشافعي يضمن الراكبما أصابت بيدها أوبرجلها وبه قال ابن شبرمة وابن أبي ليلى وسويا بين الضمان برجلها أو بغير رجلها وبه قال أبو حنيفة الا أنه استثنى الرمحة بالرجل اوبالذنب وربما احتج من لم يضمن رجل الدابة بما روى عنه صلى الله عليه وسلم الرجل جبار ولم يصح هذا الحديث عند الشافعي ورده أقاويل العلماء فيمن حفر بئراً فوقع فيه انسان متقاربة قال مالك أن حفر في موضع جرت العادة الحفر في مثله لم يضمن وان تعدى في الحفر ضمن وقال الليث ان حفر في أرض يملكها لم يضمن وان حفر فيما لايملك ضمن فمن ضمن فهو عنده من نوع الخطأ وكذلك اختلفوا في الدابة الموقوفة فقال بعضهم ان أوقفها بحيث يجب له ان يوقفها لم يضمن وان لم يفعل ضمن وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة يضمن على كل حال وليس يبرئه أن يربطها بموضع يجوزله أن يربطها فيه كالايبرئه ركوبها من ضمان ما أصابته وان كان الركوب مباحا . واختلفوا في الفارسين يصطدمان فيموت وكل احد منهما فقال مالك وأبوحنيفة وجماعة على كل واحد منهما دية الآخر وذلك على العاقلة وقال الشافعي وعثمان البتي على كل واحد منهما نصف دية صاحبه لأن كل واحد منهما مات من فعل نفسه وفعل صاحبه. وأجمعوا على أن الطبيب اذا أخطالزمته الدية مثل أن يقطع الحشفة في الختان وما أشبه ذلك لانه في معنى الجاني خطا وعن مالك رواية انه ليس عليه شيء وذلك عنده اذا كان من أهل الطب ولا خلاف انه اذا لم يكن من أهل الطب انه يضمن لانه متعد وقد ورد في ذلك مع الاجماع حديث عمر وبن شعيب عن أبيه عن جده ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من تطبب ولم يعلم منه قبل ذلك الطب فهو ضامن والدية فيما أخطاه الطبيب عند الجمهور على العاقلة ومن أهل العلم من جعله في مال الطبيب ولا خلاف انه اذا لم يكن من أهل الطب انها في ماله على ظاهر حديث عمر وبن شعيب ولا خلاف بينهم ان الكفارة التي نص الله عليها في قتل الحرخطا واجبة . واختلفوا في قتل العمد هل فيه كفارة وفي قتل العبد خطافاوجبها مالك في قتل الحر فقط في الخطادون العمد وأوجبها الشافعي في العمد من طريق الاولى والاحرى وعند مالك أن العمد في هذا حكمه حكم الخطأ . واختلفوا في تغليظ الدية في الشهر الحرام وفي البلد الحرام فقال مالك وأبوحنيفة وابن ليلى لاتغلظ

الدية فيها وقال الشافعي تغلظ فيهما في النفس في الجراح وروى عن القاسم بن محمد وابن شهاب وغيرهم انه يراد فيها مثل ثلثها وروى ذلك عن عمر وكذلك عند الشافعي من قتل ذا رحم محرم عمدة مالك وأبى حنيفة عموم الظاهر في توقيف الديات فمن ادعى في ذلك تخصيصا فعليه الدليل مع انهم قد أجمعوا على انه لاتغلظ الكفارة فيمن قتل فيهما وعمدة الشافعي ان ذلك مروى عن عمر وعثمان وابن عباس واذا روى عن الصحابة شيء مخالف للقياس وجب حمله عن التوقيف ووجه مخالفته للقياس أن التغليظ فيما وقع خطا بعيد عن أصول الشرع وللفريق الثاني أن يقول انه قد ينقدح في ذلك قياس لما ثبت في الشرع من تعظيم الحرم واختصاصه بضمان الصيود فيه .

﴿ كتاب الديات فيما دون النفس ﴾

والاشياء التى تجب فيها الدية فيما دون النفس هي شجاج وأعضاء فلنبدأ بالقول فى الشجاج والنظر في هذا الباب في محل الوجوب وشرطه وفي قدره الواجب وعلى من تجب ومتى تجب ولمن تجب . فاما محل الوجوب فهى الشجاج أو قطع الاعضاء والشجاج عشرة في اللغة والفقه أولها الدامية وهى التى تدمى الجلد ثم الحارصة وهى التى تشق الجلد ثم الباضعة وهى التى تبضع اللحم أى تشقه ثم المتلاحمة وهى التى أخذت فى اللحم ثم السمحاق وهى التى تبلغ السمحاق وهو الغشا الرقيق بين اللحم والعظم ويقال لها الملطاة بالمد والقصر ثم الموضحة وهى التى توضح العظم أى تكشفه ثم الهاشمة وهى التى تهشم العظم ثم المنقلة وهي التى يطير العظم منها ثم المأمومة وهي التى تصل أم الدماغ ثم الجائفة وهى التى تصل الى الجوف وأسماء هذه الشجاج مختصة بما وقع بالوجه منها والرأس دون سائر البدن واسم الجرح يختص بما وقع في البدن فهذه أسماء هذه الشجاج فاما أحكامها أعنى الواجب فيها فاتفق العلماء على أن العقل واقع في عمد الموضحة وما دون الموضحة خطا واتفقوا على أنه ليس فيما دون الموضحة خطا عقل وانما فيها حكومة قال بعضهم أجرة الطبيب الا ماروى عن عمر وعثمان انهما قضيا في السمحاق بنصف دية الموضحة وروى عن على أنه قضى فيها باربع من الابل وروى عن زيد بن ثابت انه قال في الدامية بعير وفي الباضعة بعيران وفى المتلاحمة ثلاثة أبعرة

وفي السمحاق أربعة والجمهور من فقهاء الامصار على ماذكرنا وذلك ان الاصل في الجراح الحكومة الا ماوقتت فيه السنة حدا ومالك يعتبر في الزام الحكومة وفيمادون الموضحة أن تبرأ على شين والغير من فقهاء الامصار يلزم فيها الحكومة برئت على شين أو لم تبرأ فهذه هي أحكام مادون الموضحة ٭ فاما الموضحة فجميع الفقهاء على أن فيها اذا كانت خطأ خمس من الابل وثبت ذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم في كتابه لعمرو بن حزم ومن حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: في الموضحة خمس يعني من الابل واختلف العلماء في موضع الموضحة من الجسد بعد اتفاقهم على ما قلنا أعني على وجوب القصاص في العمد ووجوب الدية في الخطأ منها فقال مالك لا تكون الموضحة الا في جهة الرأس والجبهة والخدين واللحى الا على ولا تكون في اللحى الاسفل لانه في حكم العنق ولا في الانف. وأما الشافعي وأبو حنيفة فالموضحة عندهما في جميع الوجه والرأس والجمهور على أنها لا تكون في الجسد وقال الليث وطائفة تكون الموضحة في الجنب وقال الاوزاعي اذا كانت في الجسد كانت على النصف من ديتها في الوجه والرأس وروى عن عمر أنه قال في موضحة الجسد نصف عشر دية ذلك العضو وغلظ بعض العلماء في موضحة الوجه تبرأ على شين فرأى فيها مثل نصف عقلها زائداً على عقلها وروى ذلك مالك عن سليمان بن يسار واضطرب قول مالك في ذلك فمرة قال بقول سليمان ابن يسار ومرة قال لا يزاد فيها على عقلها شيء وبه قال الجمهور وقد قيل عن مالك أنه قال اذا شانت الوجه كان فيها حكومة من غير توقيف ومعنى الحكومة عند مالك مانقص من قيمته أن لو كان عبدا. وأما الهاشمية ففيها عند الجمهور عشر الدية وروى ذلك عن زيد بن ثابت ولا مخالف له من الصحابة، وقال بعض العلماء الهاشمية هي المنقلة وشذ. وأما المنقلة فلا خلاف ان فيها عشر الدية ونصف العشر اذا كانت خطا فاما اذا كانت عمدا فجمهور العلماء على أن ليس فيها قود لمكان الخوف. وحكى عن ابن الزبير أنه أقاد منها ومن المامومة. وأما الهاشمية في العمد فروى ابن القاسم عن مالك أنه ليس فيها قود ومن أجاز القود من المنقلة كان أحرى أن يجيز ذلك من الهاشمية. وأما المامومة فلا خلاف أنه لا يقاد منها وأن فيها ثلث الدية الا ما حكى عن ابن الزبير، وأما الجائفة فاتفقوا على أنها من جراح الجسد لا من جراح الرأس وانها لا يقاد منها وان فيها ثلث الدية وانها جائفة متى وقعت في الظهر والبطن. واختلفوا اذا وقعت في غير ذلك من الاعضاء فنفذت الى تجويفه فحكى مالك عن سعيد بن المسيب ان في كل جراحة نافذة الى تجويف عضو من الاعضاء اى عضو كان ثلث

دية ذلك العضو . وحكى ابن شهاب انه كان لا يرى ذلك وهو الذى اختاره مالك لان القياس عنده في هذا لايسوغ وانما في ذلك الاجتهاد من غير توقيف . وأما سعيد فانه قاس ذلك على الجائفة على نحو ماروى عن عمر فى موضحـة الجسد ، وأما الجراحات التى تقع في سائر الجسد فليس في الخطا منها الحكومة .

(القول فى ديات الاعضاء)

والأصل فيما فيه من الاعضاء اذا قطع خطأ مال محدود وهو الذى يسمى دية وكذلك من الجراحات والنفوس حديث عمرو بن حزم عن أبيه أن في الكتاب الذى كتبه رسول الله صلى الله عليه وسـلم لعمرو بن حزم في العقول أن في النفس مائة من الابل وفي الانف اذا استوعب جدعا مائة من الابل وفي المامومة ثلث الدية وفى الجائفة مثلها وفى العين خمسون وفى اليد خمسون وفى الرجل خمسون وفى كل أصبع مما هناك عشر من الابل وفى السن والموضحة خمس وكل هذ مجمع عليه الا السن والابهام فانهم اختلفوا فيها على ما سنذكره ومنها ما اتفقوا عليه مما لم يذكر هنا قياسا على ما ذكر فنقول ان العلماء أجمعوا على ان فى الشفتين الدية كاملة والجمهور على أن فى كل واحدة منهما نصف الدية وروى عن قوم من التابعين ان فى السفلى ثلثى الدية لانها تحبس الطعام والشراب وبالجملة فان حركتها والمنفعة بها أعظم من حركة الشفة العليا وهو مذهب زيد بن ثابت وبالجملة فجماعة العلماء وأئمة الفتوى متفقون على ان في كل زوج من الانسان الدية خلا الحاجبين وثديي الرجل واختلفوا في الاذنين متى تكون فيهما الدية فقـال الشافعى وأبو حنيفة والثورى والليث اذا اصطلمتا كان فيهما الدية ولم يشترطوا ذهاب السمع بل جعلوا في ذهاب السمع الدية مفردة . وأما مالك فالمشهور عنده أن لا تجب في الاذنين الدية الا اذا ذهب سمعهما فان لم يذهب ففيه حكومة فروى عن أبى بكر أنه قضى فى الاذن بخمس عشرة من الابل وقال انهما لا يضران السمع ويسترهما الشعر أو العمامة وروى عن عمر وعلى وزيد أنهم قضوا فى الاذن اذا اصطلمت نصف الدية . وأما الجمهور من العلماء فلا خلاف عندهم ان في ذهاب السمع الدية . وأما الحاجبان ففيهما عند مالك والشافعى حكومة وقال أبو حنيفة فيهما الدية وكذلك فى اشفار العين وليس عند مالك فى ذلك الاحكومة وعمدة الحنفية ماروى ابن مسعود انه قال فى كل اثنين من الانسان الدية وتشبيههما بما اجمعوا عليه من الاعضاء المثناة وعمدة مالك أنه لا مجال فيه للقياس وانما طريقه التوقيف فالم يثبت من قبل السماع فيه دية فالأصل ان فيه حكومة وايضا فان الحواجب ليست أعضاء

لها منفعة ولا فعل بين أعني ضروريا في الخلقة . وأما الاجفان فقيل في كل جفن منها ربع الدية وبه قال الشافعي والكوفي لانه لابقاء للعين دون الاجفان وفي الجفنين الاسفلين عند غيرها الثلث وفي الاعليين الثلثان وأجمعوا على أن من اصيب من اطرافه أكثر من ديته ان له ذلك مثل ان تصاب عيناه وأنفه فله ديتان . وأما الانثيان فأجمعوا ايضا على ان فيهما الدية وقال جميعهم ان في كل واحدة منهما نصف الدية الا ما روى عن سعيد بن المسيب انه قال في البيضة اليسرى ثلثا الدية لان الولد يكون منها وفي اليمنى ثلث الدية فهذه مسائل الاعضاء المزدوجة . وأما المفردة فان جمهورهم على على ان في اللسان خطأ الدية وذلك مروى عن النبي صلى الله عليه وسلم وذلك اذا قطع كله او قطع منه ما يمنع الكلام فان لم يقطع منه ما منع الكلام ففيه حكومة واختلفوا في القصاص فيه عمدا فمنهم من لم ير فيه قصاصا وأوجب الدية وهم مالك والشافعي والكوفي لكن الشافعي يرى الدية في مال الجاني والكوفي ومالك على العاقلة وقال الليث وغيره في اللسان عمداً القصاص . وأما الانف فأجمعوا على انه اذا أوعب جدعا على ان فيه الدية على ما في الحديث وسواء عند مالك ذهب الشم أو لم يذهب وعنده انه اذا ذهب أحدهما ففيه الدية وفي ذهاب احدهما بعد الآخر الدية الكاملة وأجمعوا على ان في الذكر الصحيح الذي يكون به الوطء الدية كاملة واختلفوا في ذكر العنين والخصي كما اختلفوا في لسان الاخرس وفي اليد الشلاء فنهم من جعل فيها الدية ومنهم من جعل فيها حكومة ومنهم من قال في ذكر الخصي والعنين ثلث الدية والذي عليه الجمهور ان فيه حكومة واقل ما يجب فيه الدية عند مالك قطع الحشفة ثم في باقي الذكر حكومة . وأما عين الاعور فللعلماء فيه قولان ، احدهما ان فيه الدية كاملة واليه ذهب مالك وجماعة من أهل المدينة وبه قال الليث وقضى به عمر بن عبد العزيز وهو قول ابن عمر وقال الشافعي وابو حنيفة والثوري فيها نصف الدية كما في عين الصحيح وهو مروى عن جماعة من التابعين وعمدة الفريق الاول ان العين الواحدة للاعور بمنزلة العينين جميعا لغير الاعور وعمدة الفريق الثاني حديث عمرو بن حزم أعني عموم قوله وفي العين نصف الدية وقياسا أيضا على اجماعهم انه ليس على من قطع يد من له يد واحدة الا نصف الدية * فسبب اختلافهم في هذا معارضة العموم للقياس ومعارضة القياس للقياس ومن احسن ما قيل فيمن ضرب عين رجل فاذهب بعض بصرها ما روى من ذلك عن علي رضي الله عنه انه امر بالذي اصيب بصره بان عصبت عينه الصحيحة وأعطى رجلا بيضة فانطلق بها وهو ينظر اليها حتى لم يبصرها فخط عند اول ذلك خطا في الارض ثم أمر بعينه المصابة فعصبت وفتحت الصحيحة وأعطى رجلا البيضة بعينها فانطلق بها

وهو ينظر اليها حتى خفيت عنه فخط ايضاعند اول ما خفيت عنه في الارض خطاثم علم ما بين الخطين من المسافة وعلم مقدار ذلك من منتهى رؤية العين الصحيحة فاعطاه قدر ذلك من الدية ويختبر صدقه في مسافة ادراك العين العليلة والصحيحة بأن يختبر ذلك منه مرارا شتى في مواضع مختلفة فان خرجت مسافة تلك المواضع التى ذكر واحدة علمنا أنه صادق واختلف العلماء في الجناية على العين القائمة الشكل التى ذهب بصرها فقال مالك والشافعى وأبو حنيفة فيها حكومة وقال زيد بن ثابت فيها عشر الدية مائة دينار وحمل ذلك الشافعي على أنه كان ذلك من زيد تقويما لا توقيتا وروى عن عمر بن الخطاب وعبد الله بن عباس أنهما قضيا فى العين القائمة الشكل واليد الشلاء والسن السوداء في كل واحدة منها ثلث الدية وقال مالك تتم دية السن باسودادها ثم في قلعها بعدا سودادها دية واختلف العلماء في الاعور يفقأ عين الصحيح عمداً فقال الجمهور ان أحب فله القود وان عفا فله الدية قال قوم كاملة وقال قوم نصفها وبه قال الشافعى وابن القاسم وبكلا القولين قال مالك وبالدية كاملة قال المغيرة من أصحابه وابن دينار وقال الكوفيون ليس للصحيح الذى فقئت عينه الا القود أو ما اصطلحوا عليه. وعمدة من رأى جميع الدية عليه اذا عفا عن القود أنه يجب عليه دية ما ترك له وهى العين العوراء وهي دية كاملة عند كثير من أهل العلم ومذهب عمر وعثمان وابن عمر أن عين الاعور اذا فقئت وجب فيها الف دينار لانها فى حقه في معنى العينين كلتيهما لا العين الواحدة فاذا تركها له وجبت عليه ديتها وعمدة أولئك البقاء على الاصل أعنى أن فى العين الوحدة نصف الدية وعمدة أبى حنيفة أن العمد ليس فيه دية محدودة وهذه المسئلة قد ذكرت في باب القود فى الجراح وقال جهور العلماء وأئمة الفتوى مالك وأبو حنيفة والشافعي والثورى وغيرهم ان في كل أصبع عشراً من الابل وأن الاصابع في ذلك سواء وان في كل انملة ثلث العشر الا ما له من الاصابع انملتان كالابهام ففى انملته خمس من الابل وعمدتهم فى ذلك ما جاء في حديث عمرو بن حزم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال وفي كل أصبع مما هنالك عشر من الابل وخرج عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى في الاصابع بعشر العشر وهو قول على وابن مسعود وابن عباس وهى عندهم على أهل الورق بحسب ما يرى واحد واحد منهم في الدية من الورق فهى عند من يرى انها اثنا عشر الف درهم عشرها وعند من يرى أنها عشرة آلاف عشرها وروى عن السلف المتقدم اختلاف في عقل الاصابع فروى عن عمر بن الخطاب انه قضى فى الابهام والتى تليها بعقل نصف الدية

وفي الوسطى بعشر فرائض وفي التى تليها بتسع وفي الخنصر بست وروى عن مجاهد أنه قال فى الابهام خمسة عشر من الابل وفي التى تليها عشر وفي الوسطى عشر وفي التى تليها ثمان وفي الخنصر سبع • وأما الترقوة والضلع ففيهما عند جمهور فقهاء الامصار حكومة وروى عن بعض السلف فيها توقيت وروى عن مالك ان عمر بن الخطاب قضى في الضرس بجمل والضلع بجمل وفي الترقوة بجمل وقال سعيد بن جبير في الترقوة بعيران وقال قتادة اربعة أبعرة وعمدة فقهاء الامصار ان مالم يثبت فيه عن النبى صلى الله عليه وسلم توقيت فليس فيه الا حكومة وجمهور فقهاء الامصار على أن في كل سن من اسنان الفم خمسا من الابل وبه قال ابن عباس وروى مالك عن عمر انه قضى في الضرس بجمل وذلك فيما لم يكن منها في مقدم الفم . وأما التى في مقدم الفم فلا خلاف أن فيها خمسا من الابل وقال سعيد بن المسيب في الاضراس بعيران وروى عن مالك ان مروان بن الحكم اعترض في ذلك على ابن عباس فقال اتجعل مقدم الاسنان مثل الاضراس فقال ابن عباس لولم يعتبر ذلك الا بالاصابع عقلها سواء عمدة الجمهور في ذلك ماثبت عن النبى عليه الصلاة والسلام انه قال في السن خمس وذلك من حديث عمرو بن حزم عن أبيه عن جده واسم السن ينطلق على التى في مقدم الفم ومؤخره وتشبيها أيضا بالاصابع التى آستوت ديتها وان اختلفت منافعها وعمدة من خالف بينهما ان الشرع يوجد فيه تفاضل الديات لتفاضل الاعضاء مع انه يشبه أن يكون من صار الى ذلك من الصدر الاول انما صار اليه عن توقيف وجميع هذه الأعضاء التى تثبت الدية فيها خطأ فيها القود في قطع ماقطع وقلع ما قلع • واختلفوا فى كسر ما كسر منها مثل الساق والذراع هل فيه قود أم لا فذهب مالك وأصحابه الى أن القود في كسر جميع العظام الا الفخذ والصلب وقال الشافعى والليث لاقصاص فى عظم من العظام يكسر وبه قال أبو حنيفة الا أنه استثنى السن وروى عن ابن عباس أنه لا قصاص في عظم وكذلك عن عمر قال أبو عمر ابن عبد البر ثبت ان النبى صلى الله عليه وسلم أقاد في السن المكسورة من حديث أنس قال وقد روى من حديث آخر أن النبى عليه الصلاة والسلام لم يقد من العظم من المقطوع في غير المفصل الا أنه ليس بالقوى وروى عن مالك أن أبا بكر بن محمد بن عمر بن حزم أقاد من كسر الفخذ واتفقوا على أن دية المرأة نصف دية الرجل في النفس واختلفوا في ديات الشجاج واعضائها فقال جمهور فقهاء المدينة تساوى المرأة الرجل في عقلها من الشجاج والاعضاء الى أن تبلغ ثلث الدية فاذا بلغت ثلث الدية عادت ديتها الى النصف من دية الرجل اعنى دية أعضائها من اعضائه مثال ذلك

ان في كل أصبع من أصابعهـا عشرا من الابل وفي اثنين منها عشرون وفي ثلاثة ثلاثون وفي أربعة عشرون وبه قال مالك وأصحابه والليث بن سعدورواه مالك عن سعيد بن المسيب وعن عروة بن الزبير وهو قول زيد بن ثابت ومذهب عمر بن عبد العزيز وقالت طائفة بل دية جراحة المرأة مثل دية جراحة الرجل الى الموضحة ثم تكون ديتها على النصف من دية الرجل وهوالاشهر من قولى ابن مسعود وهومروى عن عثمان وبه قال شريح وجماعة وقال قوم بل دية المرأة في جراحها وأطرافهاعلى النصف من دية الرجل في قليل ذلك وكثيره وهو قول على رضى الله عنـه وروى ذلك عن ابن مسعود الا إن الاشهر عنه هو ماذكرناه اولا وبهذا القول قال ابو حنيفة والشافعي والثورى وعمدة قائل هذا القول ان الاصل هو أن دية المرأة نصف دية الرجل فواجب التمسك بهذا الاصل حتى يأتى دليل من السماع الثابت اذ القياس في الديات لايجوز وبخاصة لكون القول بالفرق بين القليل والكثيرمخالفا للقياس ولذلك قال ربيعة لسعيد مايأتي ذكره عنه والاعتماد للطائفة الاولى الا مراسل ومارووى عن سعيد بن المسيب حين سأله ربيعة بن ابى عبدالرحمن كم في أربع من اصابعهاقال عشرون قلت حين عظم جرحها واشتدت بليتها نقص عقلها قال أعراقى أنت قلت بل عالم متثبت أوجاهل متعلم قال هى السنة وروى أيضا عن النبي عليه الصلاة والسلام من مرسل عمر وبن شعيب عن أبيه وعكرمةوقدرأى قوم أن قول الصحابى اذ اخالف القياس وجب العمل به لانه يعلم أنه لم يترك القول به الا عن توقيف لكن في هـذا ضعف اذا كان يمكن أن يترك القول به امالانه لا يرى القياس واما لانه عارضـه في ذلك قياس ثان أو قلد في ذلك غيره فهذه حال ديات جراح الاحرار والجناية على أعضائهم الذكور منهم والاناث وأما جراح العبيد وقطع أعضائهم فان العلماء اختلفوا فيها على قولين فنهم من رأى ان في جراحهـم وقطع أعضائهم مانقص من ثمن العبد ومنهـم من رأى أن الواجب في ذلك من قيمته قـدر ما في ذلك الجراح من ديته فيكون في موضحتـه نصف عشر قيمته وفي عينه نصف قيمته وبه قال أبو حنيفة والشافعي وهو قول عمر وعلى وقال مالك يعتبر في ذلك كلـه ما نقص من ثمنه الا موضحته ومنقلته ومأمومته ففيها من ثمنـه قدر ما فيها الحر من ديته وعمدة الفريق الاول تشبيهه بالعروض وعمدة الفريق الثانى تشبيهه بالحـر اذ هو مسلم ومكلف ولا خلاف بينهم ان دية الخطأ من هـذه اذا جاوزت الثلث على العاقلة واختلف فيما دون ذلك فقال مالك وفقهاء المدينة السبعة وجماعة أن العاقلة لا تحمل من ذلك الا الثلث فا زاد وقال أبو حنيفة تحمل من ذلك العشر فـا

فوقه من الدية الكاملة وقال الثورى وابن شبرمة الموضحة فما زاد على العاقلة وقال الشافعي وعثمان البتى تحمل العاقلة القليل والكثير من دية الخطأ وعمدة الشافعي هي أن الاصل هو ان العاقلة هي التى تحمل دية الخطأ فمن خصص من ذلك شيئاً فعليه الدليل ولا عمدة للفريق المتقدم الا ان ذلك معمول به ومشهور وهنا انقضى هذا الكتاب والحمد لله حق حمده .

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

(وصلي الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما)

﴿ كتاب القسامة ﴾

ختلف العلماء في القسامة في أربعة مواضع تجرى مجرى الاصول لفروع هذا الباب ـ

(المسئلة الاولى) هل يجب الحكم بالقسامة أم لا ، الثانية اذا قلنا بوجوبها هل يجب بها الدم أو الدية أو دفع مجرد الدعوى ، المسئلة الثالثة هل يبدأ بالايمان فيها المدعون أو المدعى عليهم وكم عدد الحالفين من الاولياء ، المسئلة الرابعة فيما يعد لوثا يجب به ان يبدأ المدعون بالايمان.

(المسئلة الاولى) أما وجوب الحكم بها على الجملة فقال به جمهور فقهاء الامصار مالك والشافعي وأبو حنيفة واحمد وسفيان وداود وأصحابهم وغير ذلك من فقهاء الامصار وقالت طائفة من العلماء سالم بن عبد الله وأبو قلابة وعمر بن عبد العزيز وابن علية لايجوز الحكم بها .عمدة الجمهور ماثبت عنه عليه الصلاة والسلام من حديث حويصة ومحيصة وهو حديث متفق على صحته من أهل الحديث الا أنهم مختلفون في ألفاظه على ماسيأتى بعد وعمدة الفريق الثانى لوجوب الحكم بها ان القسامة مخالفة لاصول الشرع المجمع على صحتها فنها أن الاصل في الشرع أن لا يحلف أحد الا على ماعلم قطعا أو شاهد حسا واذا كان ذلك كذلك فكيف يقسم أولياء الدم وهم لم يشاهدوا القتل بل قد يكونون فى بلد والقتل في بلد آخر ولذلك روى البخارى عن أبى قلابة ان عمر بن عبد العزيز ابرز سريره يوما للناس ثم اذن لهم فدخلوا عليه فقال ماتقولون في القسامة فاضب القوم وقالوا نقول ان القسامة القود بها حق قد أقاد بها الخلفاء فقال ماتقول ياأبا قلابة ونصبنى للناس فقلت يا امير المؤمنين عندك اشراف العرب ورؤساء الاجناد

أرأيت لوان خمسين رجلا شهدوا على رجل أنه زنا بدمشق ولم يروه أكنت ترجمه قال لاقلت أفرأيت لو انخمسين رجلا شهدوا عندك على رجل انه سرق بحمص ولم يروه أكنت تقطعه قال لا وفي بعض الروايات قلت فما بالهم اذا شهدوا أنه قتله بارض كذا وهم عندك أقدت بشهادتهم قال فكتب عمر بن عبد العزيز في القسامة أنهم ان أقاموا شاهدى عدل ان فلانا قتله فاقده ولا يقتل بشهادة الخمسين الذين أقسموا قالوا ومنها أن من الاصول ان الايمان ليس لها تأثير في اشاطة الدماء ومنها أن من الاصول ان البينة على من أدعى واليمين على من أنكر ومن حجتهم أنهم لم يروا في تلك الاحاديث أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حكم بالقسامة وانما كانت حكما جاهليا فتلطف لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم ليريهم كيف لا يلزم الحكم بها على اصول الاسلام ولذلك قال لهم اتحلفون خمسين يمينا أعنى لولاة الدم وهم الانصار قالوا كيف نحلف ولم نشاهد قال فيحلف لكم اليهود قالوا كيف نقبل أيمان قوم كفار قالوا فلو كانت السنة أن يحلفوا وان لم يشهدوا لقال لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم هي السنة قال واذا كانت هذه الآثار غير نص في القضاء بالقسامة والتأويل يتطرق اليها فصرفها بالتأويل الى الاصول أولى . وأما القائلون بها وبخاصة مالك فرأى أن سنة القسامة سنة منفردة بنفسها مخصصة للاصول كسائر السنن المخصصة وزعم أن العلة في ذلك حوطة الدماء وذلك أن القتل لما كان يكثر وكان يقل قيام الشهادة عليه لكون القاتل انما يتحرى بالقتل مواضع الخلوات جعلت هذه السنة حفظا للدماء لكن هذه العلة تدخل عليه فى قطاع الطريق والسراق وذلك ان السارق تعسر الشهادة عليه وكذلك قاطع الطريق فلهذا أجاز مالك شهادة المسلوبين على السالبين مع مخالفة ذلك للاصول وذلك أن المسلوبين مدعون على سلبهم والله أعلم .

(المسئلة الثانية) اختلف العلماء القائلون بالقسامة فيما يجب بها فقال مالك وأحمد يستحق بها الدم فى العمد والدية فى الخطأ وقال الشافعي والثورى وجماعة تستحق بها الدية فقط وقال بعض الكوفيين لا يستحق بها الا دفع الدعوى على الاصل فى ان اليمين انما تجب على المدعى عليه وقال بعضهم بل يحلف المدعى عليه ويغرم الدية فعلى هذا انما يستحق منها دفع القود فقط فيكون فيما يستحق المقسوم أربعة أقوال فعمدة مالك ومن قال بقوله ما رواه من حديث ابن ابى ليلى عن سهل ابن أبى حثمة وفيه فقال لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم تحلفون وتستحقون دم صاحبكم وكذلك ما رواه من مرسل بشير بن بشار وفيه فقال لهم رسول الله صلى الله

عليه وسلم أتحلفون خمسين يمينا وتستحقون دم صاحبكم أو قاتلكم . وأما عمدة من أوجب بها الدية فقط فهو ان الايمان يوجد لها تأثير في استحقاق الاموال أعني في الشرع مثل ما ثبت من الحكم في الاموال باليمين والشاهد ومثل ما يجب المال بنكول المدعى عليه أو بالنكول وقلبها على المدعى عند من يقول بقلب اليمين مع النكول مع ان حديث مالك عن ابن أبي ليلى ضعيف لانه رجل مجهول لم يرو عنه غير مالك وقيل فيه ايضا انه لم يسمع من سهل وحديث بشير بن يسار قد اختلف في اسناده فارسله مالك واسنده غيره (قال القاضي) يشبه ان تكون هذه العلة هي السبب في ان لم يخرج البخاري هذين الحديثين واعتضد عندهم القياس في ذلك بما روى عن عمر رضي الله عنه انه قال لاقود بالقسامة ولكن يستحق بها الدية . واما الذين قالوا انما يستحق بها دفع الدعوى فقط فعمدتهم ان الاصل هو أن الايمان على المدعى عليه والاحاديث التي نذكرها فيما بعد ان شاء الله .

(المسئلة الثالثة) واختلف القائلون بالقسامة أعني الذين قالوا انها يستوجب بها مال أودم فيمن يبدأ بالايمان الخمسين على ما ورد في الآثار فقال الشافعي واحمد وداود بن على وغيرهم يبدأ المدعون وقال فقهاء الكوفة والبصرة وكثير من أهل المدينة بل يبدأ المدعى عليهم بالايمان وعمدة من بدأ بالمدعين حديث مالك عن ابن أبي ليلى عن سهل بن أبي حثمة ومرسله عن بشير بن يسار وعمدة من رأى التبدئة بالمدعى عليهم ما خرجه البخاري عن سعيد بن عبيد الطائي عن بشير بن يسار أن رجلا من الانصار يقال له سهيل بن حثمة وفيه فقال رسول الله صلى الله عليه تأتون بالبينة على من قتله قالوا مالنا بينة قال فيحلفون لكم قالوا ما نرضى بايمان يهود وكره رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يبطل دمه فوداه بماية بعير من ابل الصدقة قال القاضي وهذا نص في أنه لا يستوجب بالايمان الخمسين الا دفع الدعوى فقط واحتجوا أيضا بما خرجه أبو داود أيضا عن أبي سلمة ابن أبي عبد الرحمن وسليمان بن يسار عن رجال من كبراء الانصار أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ليهود وبدأ بهم أيحلف منكم خمسون رجلا خمسين يمينا فابوا فقال للانصار احلفوا فقالوا أنحلف على الغيب يا رسول الله فجعلها رسول الله صلى الله عليه وسلم دية على يهود لانه وجد بين أظهرهم وبهذا تمسك من جعل اليمين في حق المدعى عليهم وألزمهم الغرم مع ذلك وهو حديث صحيح الاسناد لانه رواه الثقات عن الزهري عن أبي سلمة وروى الكوفيون ذلك عن عمر أعني أنه قضى على المدعى عليهم باليمين والدية وخرج مثله أيضا من تبدئة اليهود بالايمان عن رافع بن خديج واحتج هؤلاء القوم على مالك بما روى عن ابن شهاب الزهري عن سليمان بن يسار وعراك بن

مالك ان عمر بن الخطاب قال للجهنى الذى ادعى دم وليه على رجل من بنى سعد وكان أجرى فرسه فوطىء على أصبع الجهنى فنزى فيها فمات فقال عمر للذى ادعى عليهم أتحلفون بالله خمسين يمينا مامات منها فابوا أن يحلفوا وتحرجوا فقال للمدعين احلفوا فابوا فقضى عليهم بشطر الدية قالوا وأحاديثنا هذه أولى من التى روى فيها تبدئة المدعين بالايمان لان الاصل شاهد لاحاديثنا من أن اليمين على المدعى عليه قال ابو عمر والاحاديث المتعارضة فى ذلك مشهور .

(المسئلة الرابعة) وهي موجب القسامة عند القائلين بها أجمع جمهور العلماء القائلون بها انها لاتجب الا بشبهة واختلفوا فى الشبهة ماهى فقال الشافعى اذا كانت الشبهة في معنى الشبهة التى قضى بها رسول الله صلى الله عليه وسلم بالقسامة وهو ان يوجد قتيل فى محلة قوم لايخالطهم غيرهم وبين أولئك القوم وبين قوم المقتول عداوة كما كانت العداوة بين الانصار واليهود وكانت خيبر دار اليهود مختصة بهم ووجد فيها القتيل من الانصار قال وكذلك لو وجد فى ناحية قتيل والى جانبه رجل مختضب بالدم وكذلك لو دخل على نفر بيتا فوجد بينهم قتيل وما أشبه هذه الشبهة مما يغلب على ظن الحكام ان المدعى محق لقيام تلك الشبهة وقال مالك بنحو من هذا أعنى ان القسامة لاتجب الا بلوث والشاهد الواحد عنده اذا كان عدلا لوث باتفاق عند أصحابه واختلفوا اذا لم يكن عدلا وكذلك وافق الشافعى في قرينة الحال المخيلة مثل أن يوجد قتيل متشحطا بدمه وبقربه انسان بيده حديدة مدماة الا أن مالكا يرى أن وجود القتيل في المحلة ليس لوثا وان كانت هنالك عداوة بين القوم الذين منهم القتيل وبين أهل المحلة واذا كان ذلك كذلك لم يبق ههنا شيء يجب أن يكون أصلا لاشتراط اللوث فى وجوبها ولذلك لم يقل بها قوم وقال أبوحنيفة وصاحباه اذا وجد قتيل فى محلة قوم وبه أثر وجبت القسامة على أهل المحلة ومن أهل العلم من أوجب القسامة بنفس وجود القتيل فى المحلة دون سائر الشرائط التى اشترط الشافعى ودون وجود الاثر بالقتيل الذى اشترطه أبو حنيفة وهو مروى عن عمر وعلى وابن مسعود وقال به الزهرى وجماعة من التابعين وهو مذهب ابن حزم قال القسامة تجب متى وجد قتيل لا يعرف من قتله أينما وجد فادعى ولاة الدم على رجل وحلف منهم خمسون رجلا خمسين يمينا فان هم حلفوا على العمد فالقود وان حلفوا على الخطأ فالدية وليس يحلف عنده أقل من خمسين رجلا وعند مالك رجلان فصاعدا من أولئك وقال داود لا أقضى بالقسامة الا في مثل السبب الذى قضى به رسول الله صلى الله عليه وسلم وانفرد مالك والليث من بين فقهاء الامصار القائلين بالقسامة فجعلا قول المقتول فلان قتلنى

لوثا يوجب القسامة وكل قال بما غلب على ظنه انه شبهة يوجب القسامة ولمكان الشبه رأى تبدئة المدعين بالايمان من رأى ذلك منهم فان الشبه عند مالك تنقل اليمين من المدعى عليه الى المدعى اذ سبب تعليق الشرع عنده اليمين بالمدعى عليه انما هو لقوة شبهته فيما ينفيه عن نفسه وكانه شبه ذلك باليمين مع الشاهد فى الاموال . واما القول بان نفس الدعوى شبهة فضعيف ومفارق للاصول والنص لقوله عليه الصلاة والسلام لو يعطى الناس بدعاويهم لادعى قوم دماء قوم وأموالهم ولكن اليمين على المدعى عليه وهو حديث ثابت من حديث ابن عباس وخرجه مسلم فى صحيحه وماااحتجت به المالكية من قصة بقرة بنى اسرائيل فضعيف لان التصديق هنالك أسند الى الفعل الخارق للعادة واختلف الذين أوجبوا القود بالقسامة هل يقتل بها أكثر من واحد فقال مالك لا تكون القسامة الا على واحد وبه قال أحمد بن حنبل وقال أشهب يقسم على الجماعة ويقتل منها واحد يعينه الاولياء وهو ضعيف وقال المغيرة المخزومى كل من قسم عليه قتل وقال مالك والليث اذا شهد اثنان عدلان ان انسانا ضرب آخر وبقى المضروب أياما بعد الضرب ثم مات أقسم أولياء المضروب انه مات من ذلك الضرب وقيد به وهذا كله ضعيف . واختلفوا فى القسامة فى العبد فبعض اثبتها وبه قال أبو حنيفة تشبيهاً بالحر وبعض نفاها تشبيهاً بالبهيمة وبها قال مالك والدية عندهم فيها فى مال القاتل ولا يحلف فيها اقل من خمسين رجلا خمسين يميناً عند مالك ولا يحلف عنده أقل من اثنين فى الدم ويحلف الواحد فى الخطأ وان نكل عنده أحد من ولاة الدم بطل القود وصحت الدية فى حق من لم ينكل أعنى حظه منها وقال الزهرى ان نكل منهم أحد بطلت الدية فى حق الجميع وفروع هذا الباب كثيرة (قال القاضى) والقول فى القسامة هو داخل فيما تثبت به الدماء وهو فى الحقيقة جزء من كتاب الاقضية ولكن ذكرناه هنا على عادتهم وذلك أنه اذا ورد قضاء خاص بجنس من أجناس الامور الشرعية رأوا أن الاولى أن يذكر فى ذلك الجنس وأما القضاء الذى يعم أكثر من جنس واحد من أجناس الاشياء التى يقع فيها القضاء فيذكر فى كتاب الاقضية وقد تجدهم يفعلون الامرين جميعا كما فعل مالك فى الموطأ فانه ساق فيه الاقضية من كل كتاب .

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

(وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما)

﴿ كتاب أحكام في الزنا ﴾

والنظر في أصول هذا الكتاب في حد الزنا وفي أصناف الزناة وفي العقوبات لكل صنف صنف منهم وفيما تثبت به هذه الفاحشة .

﴿ الباب الاول ﴾

فاما الزنا فهو كل وطء وقع على غير نكاح صحيح ولا شبهة نكاح ولا بملك يمين وهذا متفق عليه بالجملة من علماء الاسلام وان كانوا اختلفوا فيما هو شبهة تدرأ الحدود مما ليس بشبهة دارئة وفي ذلك مسائل نذكر منها أشهرها فمنها الامة يقع عليها الرجل وله فيها شرك فقال مالك يدرأ عنه الحد وان ولدت ألحق الولد به وقومت عليه وبه قال أبو حنيفة وقال بعضهم يعزر وقال أبو ثور عليه الحد كاملا اذا علم الحرمة. وحجة الجماعة قوله عليه الصلاة والسلام: ادرءوا الحدود بالشبهات والذين درءوا الحدود اختلفوا هل يلزمه من صداق المثل بقدر نصيبه أم لا يلزم * وسبب الخلاف هل ذلك الذي يملك منها يغلب حكمه على الجزء الذى لا يملك أم حكم الذى لا يملك يغلب على حكم الذى يملك فان حكم ما ملك الحلية وحكم ما لم يملك الحرمية * ومنها اختلافهم في الرجل المجاهد يطأ جارية من المغنم فقال قوم عليه الحد ودرأ قوم عنه الحد وهو أشبه والسبب في هذه وفي التى قبلها واحد والله أعلم * ومنها أن يحل رجل لرجل وطء خادمه فقال مالك يدرأ عنه الحد وقال غيره يعزر وقال بعض الناس بل هي هبة مقبوضة والرقبة تابعة للفرج ومنها الرجل يقع على جارية ابنه أو ابنته فقال الجمهور لاحد عليه لقوله عليه الصلاة والسلام لرجل خاطبه: انت ومالك لابيك ولقوله عليه الصلاة والسلام : لايقاد الوالد بالولد ولاجماعهم على أنه لا يقطع فيما سرق من مال ولده ولذلك قالوا تقوم عليه حملت أم لم تحمل لانها قد حرمت على ابنه فكانه استهلكها ومن الحجة لهم أيضا اجماعهم على أن الاب لو قتل ابن ابنه لم يكن للابن أن يقتص من أبيه وكذلك كل من كان الابن له وليا * ومنها الرجل يطأ جارية زوجته

اختلاف العلماء فيه على أربعة أقوال فقال مالك والجمهور عليه الحد كاملا وقالت طائفة ليس عليه الحد وتقوم عليه فيغرمها لزوجته ان كانت طاوعته وان كان استكرهها قومت عليه وهي حرة وبه قال أحمد واسحق وهو قول ابن مسعود والاول قول عمر ورواه مالك في الموطأ عنه وقال قوم عليــه مائة جلدة فقط سواء كان محصنا أو ثيباً وقال قوم عليه التعزير فعمدة من أوجب عليه الحد انه وطىء دون ملك تام ولا شركة ملك ولا نكاح فوجب الحد وعمدة من درأ الحديث ماثبت ان رسول الله عليه الصــلاة والسلام قضى في رجل وطىء جارية امرأته انه كان استكرهها فهى حرة وعليه مثلها لسيدتها وان كانت طاوعته فهى له وعليه لسيدتها مثلها وأيضا فان له شبهة في مالهـا بدليل قوله عليه الصلاة والسلام تنكح المرأة لثلاث فذكر مالها ويقوى هذا المعنى على أصل من يرى ان المرأة محجور عليها من زوجها فيما فوق الثلث أو في الثلث فما فوقه وهو مذهب مالك ✡ ومنها مايراه أبو حنيفة من درء الحد عن واطىء المستأجرة والجمهور على خلاف ذلك وقوله في ذلك ضعيف ومرغوب عنه وكانه رأى ان هذه المنفعة أشبهت سائر المنافع التى استأجرها عليها فدخلت الشبهة وأشبه نكاح المتعة ✱ ومنها درء الحد عمن امتنع اختلاف فيه أيضا وبالجملة فالانكحة الفاسدة داخلة في هذا الباب وأكثرها عند مالك تدرأ الحد الا ما انعقــد منها على شخص مؤبد التحريم بالقرابة مثل الام وما أشبه ذلك مما لايعذر فيه بالجهل .

الباب الثاني

والزناة الذين تختلف العقوبة باختلافهم أربعة أصناف محصنون. ثيب. وابكار وأحرار وعبيــد وذكور واناث ✡ والحدود الاســلامية ثلاثة رجم وجلد وتغريب فاما الثيب الاحرار المحصنون فان المسلمين أجمعوا على أن حدهم الرجم الا فرقة من اهل الا هواء فانهــم رأوا ان حد كل زان الجلد وانمــا صار الجمهور للرجم لثبوت احاديث الرجم فخصصوا الكتاب بالسنة أعنى قوله تعالى « الزانية والزانى » الآية واختلفوا في موضعين ، احدهما هــل يجلدون مع الرجم أم لا ، والموضع الثانى في شروط الاحصان .

(أما المسئلة الاولى) فان العلماء اختلفوا هل يجلد من وجب عليه الرجم قبل الرجم ام لا فقال الجمهور لا جلد على من وجب عليه الرجم وقال الحسن البصرى واسحق واحمد وداود الزانى المحصن يجلد ثم يرجم عمدة الجمهور ان رسول الله صلى الله عليه وسلم رجم ماعزاً ورجم

امرأة من جهينة ورجم يهوديين وامرأة من عامر من الأزد كل ذلك مخرج في الصحاح ولم يروأنه جلد واحداً منهم ومن جهة المعنى ان الحد الاصغر ينطوى في الحد الا كبر وذلك ان الحد انما وضع للزجر فلا تأثير للزجر بالضرب مع الرجم وعمدة الفريق الثاني عموم قوله تعالى (الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة) فلم يخص محصن من غير محصن واحتجوا أيضا بحديث على رضى الله عنه خرجه مسلم وغيره ان عليا رضى الله عنه جلد شراحة الهمدانية يوم الخميس ورجمها يوم الجمعة وقال جلدتها بكتاب الله ورجمتها بسنة رسوله وحديث عبادة بن الصامت وفيه أن النبي عليه الصلاة والسلام قال : خذوا عنى قد جعل الله لهن سبيلا البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام والثيب بالثيب جلد مائة والرجم بالحجارة . وأما الاحصان فانهم اتفقوا على انه من شرط الرجم واختلفوا في شروطه فقال مالك البلوغ والاسلام والحرية والوطء في عقد صحيح وحالة جائز فيها الوطء والوطء المحظور هو عنده الوطء في الحيض أو في الصيام فاذا زنى بعد الوطء الذى هو بهذه الصفة وهو بهذه الصفات فحده عنده الرجم ووافق ابو حنيفة مالكا في هذه الشروط الا في الوطء المحظور واشترط في الحرية أن تكون من الطرفين أعنى أن يكون الزاني والزانية حرين ولم يشترط الاسلام الشافعي وعمدة الشافعي ما رواه مالك عن نافع عن ابن عمر وهو حديث متفق عليه أن النبي صلى الله عليه وسلم رجم اليهودية واليهودى اللذين زنيا اذ رفع اليه أمرهما والله تعالى يقول (وان حكمت فاحكم بينهم بالقسط » وعمدة مالك من طريق المعنى ان الاحصان عنده فضيلة ولا فضيلة مع عدم الاسلام وهذا مبناه على ان الوطء في نكاح صحيح هو مندوب اليه فهذا هو حكم الثيب . واما الابكار فان المسلمين أجمعوا على ان حد البكر في الزنا جلد مائة لقوله تعالى « الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة » واختلفوا في التغريب مع الجلد فقال أبو حنيفة وأصحابه لاتغريب أصلا وقال الشافعي لابد من التغريب مع الجلد لكل زان ذكرا كان اوانثى حراً كان أوعبداً وقال مالك يغرب الرجل ولا تغرب المرأة وبه قال الاوزاعي ولاتغريب عند مالك على العبيد فعمدة من وجب التغريب على الاطلاق حديث عبادة بن الصامت المتقدم وفيه البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام وكذلك ماخرج اهل الصحاح عن ابى هريرة وزيد بن خالد الجهنى انهما قالا ان رجلا من الاعراب اتى النبي عليه الصلاة والسلام قال يارسول الله أنشدك الله الا قضيت لى بكتاب الله فقال الخصم وهو أفقه منه نعم اقض بيننا بكتاب الله وائذن لى أن أتكلم فقال له النبي قل قال ان ابنى كان عسيفا على هذا فزنا بامرأته وانى أخبرت أن على ابنى الرجم فافتديته بمائة شاة ووليدة فسألت اهل العلم فأخبرونى انما على ابنى جلد مائة

وتغريب عام وان على امرأة هذا الرجم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم والذى نفسى بيده لا قضين بينكما بكتاب الله اما الوليدة والغنم فرد عليك وعلى ابنك جلد مائة وتغريب عام واغد يا أنيس على امرأة هذا فان اعترفت فارجمها فغدا عليها انيس فاعترفت فامر النبى عليه الصلاة والسلام بها فرجمت ومن خصص المرأة من هذا العموم فانما خصصه بالقياس لانه رأى ان المرأة تعرض بالغربة لاكثر من الزنا وهذا من القياس المرسل أعنى المصلحى الذى كثيراً ما يقول به مالك . وأما عمدة الحنفية فظاهر الكتاب وهو مبنى على رأيهم أن الزيادة على النص نسخ وأنه ليس ينسخ الكتاب باخبار الاحاد ورووا عن عمر وغيره انه حد ولم يغرب وروى الكوفيون عن أبى بكر وعمر انهم غربوا واما حكم العبيد فى هذه الفاحشة فان العبيد صنفان ذكور وأناث اما الاناث فان العلماء اجمعوا على ان الامة اذا تزوجت وزنت ان حدها خمسون جلدة لقوله تعالى « فاذا احصن فان اتين بفاحشة فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب » واختلفوا اذا لم تتزوج فقال جمهور فقهاء الامصار حدها خمسون جلدة وقالت طائفة لاحد عليها وانما عليها تعزير فقط وروى ذلك عن عمر بن الخطاب وقال قوم لا حد على الامة اصلا ۞ والسبب فى اختلافهم الاشتراك الذى فى اسم الاحصان فى قوله تعالى (فاذا احصن) فمن فهم من الاحصان التزوج وقال بدليل الخطاب قال لا تجلد الغير المتزوجة ومن فهم من الاحصان الاسلام جعله عاما فى المتزوجة وغيرها واحتج (١) من لم ير على غير المتزوجة حدا بحديث ابى هريرة وزيد بن خالد الجهنى ان النبى عليه السلام سئل عن الامة اذا زنت ولم يحصن فقال ثم ان زنت فاجلدوها ان زنت فاجلدوها ثم بيعوها ولو بظفير . وأما الذكر من العبيد ففقهاء الامصار على ان حد العبد نصف حد الحر قياسا على الامة وقال اهل الظاهر بل حده مائة جلدة مصيراً الى عموم قوله تعالى (فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة) ولم يخصص حراً من عبد ومن الناس من درأ الحد عنه قياسا على الامة وهو شاذ وروى عن ابن عباس فهذا هو القول فى اصناف الحدود واصناف المحدودين والشرائط الموجبة للحد فى واحد واحد منهم ويتعلق بهذا القول فى كيفية الحدود وفى وقتها فاما كيفيتها فمن مشهور المسائل الواقعة فى هذا الجنس اختلافهم فى الحفر للمرجوم فقالت طائفة يحفر له وروى ذلك عن على فى شراحة الهمدانية حين أمر برجمها وبه قال أبو ثور وفيه فلما كان يوم الجمعة أخرجها فحفر لها حفيرة فأدخلت فيها وأحدق الناس بها يرمونها فقال ليس هكذا الرجم انى أخاف ان يصيب بعضكم بعضا ولكن صفوا كما تصفون فى الصلاة ثم قال الرجم رجمان رجم سر ورجم علانية فما

---

(١) لعل صوابه واحتج على من لم ير على غير المتزوجة حداً

عنه باقرار فأول من يرجم الامام ثم الناس وما كان ببينه فأول من يرجم البينة ثم الامام ثم الناس وقال مالك وأبو حنيفة لا يحفر للمرجوم وخير في ذلك الشافعي وقيل عنه يحفر للمرأة فقط وعمدتهم ما خرج البخاري ومسلم من حديث جابر قال جابر فرجمناه بالمصلى فلما اذلقته الحجارة فر فادركناه بالحرة فرضخناه وقد روى مسلم أنه حفر له في اليوم الرابع حفرة وبالجملة فالاحاديث في ذلك مختلفة قال أحمد أكثر الاحاديث على أن لا حفر وقال مالك يضرب في الحدود الظهر وما يقاربه وقال أبو حنيفة والشافعي يضرب سائر الاعضاء ويتقى الفرج والوجه وزاد أبو حنيفة الرأس ويجرد الرجل عند مالك في ضرب الحدود كلها وعند الشافعي وأبي حنيفة ما عدا القذف على ما سيأتي بعد ويضرب عند الجمهور قاعدا ولا يقام قائما خلافا لمن قال انه يقام لظاهر الآية ويستحب عند الجميع أن يحضر الامام عند اقامة الحدود طائفة من الناس لقوله تعالى (وليشهد عذابهما طائفة من المؤمنين) واختلفوا فيما يدل عليه اسم الطائفة فقال مالك أربعة وقيل ثلاثة وقيل اثنان وقيل سبعة وقيل ما فوقها . وأما الوقت فان الجمهور على انه لا يقام في الحر الشديد ولا في البرد ولا يقام على المريض وقال قوم يقام وبه قال أحمد واسحاق واحتجا بحديث عمر أنه أقام الحد على قدامة وهو مريض * وسبب الخلاف معارضة الظواهر للمفهوم من الحد وهو أن يقام حيث لا يغلب على ظن المقيم له فوات نفس المحدود فمن نظر الى الامر باقامة الحدود مطلقا من غير استثناء قال يحد المريض ومن نظر الى المفهوم من الحد قال لا يحد المريض حتى يبرأ أو كذلك الامر في شدة الحر والبرد.

الباب الثالث وهو معرفة ما تثبت به هذه الفاحشة

وأجمع العلماء على ان الزنا يثبت بالاقرار وبالشهادة واختلفوا في ثبوته بظهور الحمل في النساء الغير المزوجات اذا ادعين الاستكراه وكذلك اختلفوا في شروط الاقرار وشروط الشهادة فاما الاقرار فانهم اختلفوا فيه في موضعين ، أحدهما عدد مرات الاقرار الذي يلزم به الحد ، والموضع الثاني هل من شرطه أن لا يرجع عن الاقرار حتى يقام عليه الحد أما عدد الاقرار الذي يجب به الحد فان مالكا والشافعي يقولان يكفي في وجوب الحد عليه اعترافه به مرة واحدة وبه قال داود وأبو ثور والطبري وجماعة وقال أبو حنيفة وأصحابه وابن أبي ليلى لا يجب الحد الا باقارير أربعة مرة بعد مرة وبه قال أحمد وإسحق وزاد أبو حنيفة واصحابه في مجالس متفرقة وعمدة مالك والشافعي ماجاء في حديث أبي هريرة وزيد بن خالد من قوله عليه

الصلاة والسلام : اغديا انيس على امرأة هذا فان اعترفت فارجمها فاعترفت فرجمها ولم يذكر عددا وعمدة الكوفيين ماورد من حديث سعيد بن جبير عن ابن عباس عن النبى عليه السلام أنه رد ما عزاً حتى أقر أربع مرات ثم أمر برجمه وفي غيره من الاحاديث قالوا وما ورد في بعض الروايات أنه أقر مرة ومرتين وثلاثا تقصير ومن قصر فليس بحجة على من حفظ .

(وأما المسئلة الثانية) وهي من اعترف بالزنا ثم رجع فقال جمهور العلماء يقبل رجوعه الا ابن أبى ليلى وعثمان البتى وفصل مالك فقال ان رجع الى شبهة قبل رجوعه وأما ان رجع الى غير شبهة فعنه في ذلك روايتان . احداهما يقبل وهى الرواية المشهورة والثانية لا يقبل رجوعه وانما صار الجمهور الى تأثير الرجوع فى الاقرار لما ثبت من تقريره صلى الله عليه وسلم ما عزاً وغيره مرة بعد مرة لعله يرجع ولذلك مايجب من أوجب سقوط الحد بالرجوع أن يكون التمادى على الاقرار شرطا من شروط الحد وقد روى من طريق أن ماعزاً لما رجم ومسته الحجارة هرب فاتبعوه فقال لهم ردونى الى رسول الله عليه الصلاة والسلام فقتلوه رجما وذكروا ذلك للنبى عليه الصلاة والسلام فقال هلا تركتموه لعله يتوب فيتوب الله عليه ومن هنا تعلق الشافعى بان التوبة تسقط الحدود والجمهور على خلافه وعلى هذا يكون عدم التوبة شرطا ثالثا في وجوب الحد . وأما ثبوت الزنا بالشهود فان العلماء اتفقوا على أنه يثبت الزنا بالشهود وان العدد المشترط في الشهود أربعة بخلاف سائر الحقوق لقوله تعالى (ثم لم يأتوا بأربعة شهداء) وان من صفتهم أن يكونوا عدولا وان من شرط هذه الشهادة أن تكون بمعاينة فرجه في فرجها وانها تكون بالتصريح لا بالكناية وجمهورهم على ان من شرط هذه الشهادة ان لا تختلف لا فى زمان ولا في مكان الا ماحكى عن أبى حنيفة من مسئلة الزوايا المشهورة وهو ان يشهد كل واحد من الاربعة انه رآها في ركن من البيت يطؤها غير الركن الذى رآه فيه الآخر ☆ وسبب الخلاف هل تلفق الشهادة المختلفة بالمكان أم لا تلفق كالشهادة المختلفة بالزمان وانهم أجمعوا على انها لا تلفق والمكان أشبه شىء بالزمان والظاهر من الشرع قصده الى التوثق في ثبوت هذ الحد اكثر منه في سائر الحدود وأما اختلافهم في اقامة الحدود بظهور الحمل مع دعوى الاستكراه فان طائفة اوجبت فيه الحد على ما ذكره مالك في الموطء من حديث عمر وبه قال مالك الا أن تكون جاءت بامارة على استكراهها مثل ان تكون بكراً فتأتى وهى تدمى او تفضح نفسها بأثر الاستكراه وكذلك عنده الامر اذا ادعت الزوجية الا أن تقيم البينة على ذلك ماعدى الطارئة فان ابن القاسم قال اذا ادعت الزوجية وكانت طارئة قبل قولها وقال ابو حنيفة والشافعى لا يقام

عليها الحد بظهور الحمل مع دعوى الاستكراه وكذلك مع دعوى الزوجية وان لم تأت في دعوى الاستكراه بامارة ولا في دعوى الزوجية ببينه لأنها بمنزلة من اقر ثم ادعى الاستكراه ومن الحجة لهم ماجاء في حديث شراحة ان عليا رضي الله عنه قال لها استكرهت قالت لا قال فلعل رجلا أتاك في نومك قالوا وروى الاثبات عن عمر أنه قبل قول امرأة ادعت أنها ثقيلة النوم وان رجلا طرقها فمضى عنها ولم تدر من هو بعد ولا خلاف بين أهل الاسلام ان المستكرهة لاحد عليها وانما اختلفوا في وجوب الصداق لها * وسبب الخلاف هل الصداق عوض عن البضع أو هو نحلة فمن قال عوض عن البضع أوجبه في البضع في الحلية والحرمية ومن قال انه نحلة خص الله به الازواج لم يوجبه وهذا الاصل كاف في هذا الكتاب والله الموفق للصواب .

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

(وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما)

(كتاب القذف)

والنظر في هذا الكتاب في القذف والقاذف والمقذوف وفي العقوبة الواجبة فيه وبماذا تثبت والاصل في هذا الكتاب قوله تعالى (والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا باربعة شهداء) الآية فاما القاذف فانهم اتفقوا على أن من شرطه وصفين وهما البلوغ والعقل وسواء كان ذكراً أو انثى حرا أو عبدا مسلما أو غير مسلم وأما المقذوف فاتفقوا على أن من شرطه ان يجتمع فيه خمسة أوصاف وهي البلوغ والحرية والعفاف والاسلام وان يكون معه آلة الزنا فان انخرم من هذه الاوصاف وصف لم يجب الحد والجمهور بالجملة على اشتراط الحرية في المقذوف ويحتمل ان يدخل في ذلك خلاف ومالك يعتبر في سن المرأة أن تطيق الوطء وأما القذف الذى يجب به الحد فاتفقوا على وجهين ، أحدهما ان يرمى القاذف المقذوف بالزنا ، والثاني ان ينفيه عن نسبه اذا كانت أمه حرة مسلمة واختلفوا ان كانت كافرة او امة فقال مالك سواء كانت حرة او امة اومسلمة او كافرة يجب الحد وقال ابراهيم النخعي لاحد عليه اذا كانت ام المقذوف امة اوكتابية وهو قياس قول الشافعي وأبي حنيفة واتفقوا ان القذف اذا كان بهذين المعنيين انه اذا كان بلفظ صريح وجب

الحد واختلفوا ان كان بتعريض فقال الشافعي وابو حنيفة والثورى وابن ابى ليلى، لاحد في التعريض الا انابا حنيفة والشافعي يريان فيه التعزير وممن قال بقولهم من الصحابة ابن مسعود وقال مالك واصحابه في التعريض الحد وهي مسئلة وقعت في زمان عمر فيهاالصحابة فاختلفوا فيها عليه فرأى عمر فيهاالحد وعمدة مالك انالكناية قد تقوم بعرف العادة والاستعمال مقام النص الصريح وان كان اللفظ فيها مستعملا في غير موضعه اعنى مقولا بالاستعارة وعمدة الجمهور ان الاحتمال الذى في الاسم المستعار شبهة والحدود تدرأ بالشبهات والحق ان الكناية قد تقوم في مواضع مقام النص وقد تضعف في مواضع وذلك انه اذا لم يكثرالاستعمال لهاوالذى يندرىء به الحد عن القاذف ان يثبت زنا المقذوف بأربعة شهود بأجماع والشهود عند مالك اذا كانوا أقل من أربعة قذفه وعند غيره ليسوا بقذفه وانما اختلف المذهب في الشهود الذين يشهدون على شهود الاصل * والسبب في اختلافهم هـل يشترط فينقل شهادة كل واحد منهم عدد شهود الاصل أم يكفى فى ذلك اثنان علىالاصل المعتبرفيماسوى القذف اذ كانوا ممن لا يستقل بهم نقل الشهادة من قبل العدد. وأما الحد فالنظر فيه فى جنسه وتوقيته ومسقطه أما جنسه فانهم اتفقوا على أنهم ثمانون جلدة للقاذف الحر لقوله تعالى (ثمانين جلدة) واختلفوا في العبد يقذف الحر كم حده فقال الجمهور من فقهاء الامصار حده نصف حد الحر وذلك أربعون جـلدة وروى ذلك عن الخلفاء الاربعة وعن ابن عباس وقالت طائفة حده حد الحر وبه قال ابن مسعود من الصحابة وعمر بن عبد العزيز وجماعة من فقهاء الامصار أبو ثور والاوزاعى وداود وأصحابه من أهل الظاهر فعمدة الجمهور قياس حده في القذف على حـده في الزنا وأما أهل الظاهر فتمسكوا في ذلك بالعموم ولما أجمعوا أيضا ان حد الكتابي ثمانون فكانالعبد احرى بذلك. وأماالتوقيت فانهم اتفقوا على انه اذا قذف شخصاً واحداً مراراً كثيرة فعليه حد واحد اذا لم يحد لواحد منها وانه ان قذفه فحدثم قذفه ثانية حد حداً ثانيا واختلفوا اذا قذف جماعة فقالت طائفة ليس عليـه الاحد واحد جمعهم في القذف أو فرقهم وبه قال مالك وأبو حنيفة والثورى وأحمد وجماعة وقال قوم بل عليه لكل واحد حد وبه قال الشافعي والليث وجماعة حتى روى عن الحسن بن حي أنه قال ان قال انسان من دخل هذه الدار فهو زان جلد الحد لكل من دخلها وقالت طائفة ان جمعهم فيكلمة واحدة مثلان يقول لهم يازناة فحدواحدوان قال لكل واحد منهم يازان فعليه لكل انسان منهم حد فعمدة من لم يوجب على قاذف الجماعة الا حداً واحداً حديث أنس وغيره أن هلال بن أمية قذف امرأته بشريك ابن سمحاء فرفع ذلك

الى النبي عليه الصلاة والسلام فلاعن بينهما ولم يحده لشريك ونلك اجماع من أهل العلم فيمن قذف زوجته برجل وعمدة من رأى ان الحد لكل واحد منهم انه حق للآدميين وانه لوعفا بعضهم ولم يعف الكل لم يسقط الحد وأما من فرق بين قذفهم في كلمة واحدة أو كلمات أو في مجلس واحد أو في مجالس فلانه رأى انه واجب ان يتعدد الحد بتعدد القذف لانه اذا اجتمع تعدد المقذوف وتعدد القذف كان واجب ان يتعدد الحد وأما سقوطه فانهم اختلفوا في سقوطه بعفو القاذف فقال أبو حنيفة والثورى والاوزاعى لايصح العفو أى لايسقط الحد وقال الشافعى يصح العفو أى يسقط الحد بلغ الامام أو لم يبلغ وقال قوم ان بلغ الامام لم يجز العفو وان لم يبلغه جاز العفو واختلف قول مالك في ذلك فمرة قال بقول الشافعي ومرة قال يجوز اذا لم يبلغ الامام وان بلغ لم يجز الا ان يريد بذلك المقذوف الستر على نفسه وهو المشهور عنه * والسبب في اختلافهم هل هو حق لله أو حق للآدميين أو حق لكليهما فمن قال حق لله لم يجز العفو كالزنا ومن قال حق للآدميين أجاز العفو ومن قال لكليهما وغلب حق الامام اذا وصل اليه قال بالفرق بين أن يصل الامام أو لا يصل وقياسا على الاثر الوارد في السرقة وعمدة من رأى انه حق للآدميين وهو الاظهر أن المقذوف اذا صدقه فيما قذفه به سقط عنه الحد . وأما من يقيم الحد فلا خلاف ان الامام يقيمه في القذف واتفقوا على انه يجب على القاذف مع الحد سقوط شهادته مالم يتب واختلفوا اذا تاب فقال مالك تجوز شهادته وبه قال الشافعى وقال أبو حنيفة لاتجوز شهادته أبداً * والسبب في اختلافهم هل الاستثناء يعود الى الجملة المتقدمة أو يعود الى أقرب مذكور وذلك في قوله تعالى (ولاتقبلوا لهم شهادة أبداً وأولئك هم الفاسقون الا الذين تابوا) فمن قال يعود الى أقرب مذكور قال التوبة ترفع الفسق ولاتقبل شهادته ومن رأى ان الاستثناء يتناول الامرين جميعاً قال التوبة ترفع الفسق ورد الشهادة وكون ارتفاع الفسق مع رد الشهادة أمر غير مناسب في الشرع أى خارج عن الاصول لان الفسق متى ارتفع قبلت الشهادة واتفقوا على أن التوبة لاترفع الحد (وأما بماذا يثبت) فانهم اتفقوا على أنه يثبت بشاهدين عدلين حرين ذكرين واختلف في مذهب مالك هل يثبت بشاهد ويمين وبشهادة النساء وهل تلزم في الدعوى فيه يمين وان نكل فهل يحد بالنكول ويمين المدعى فهذه هي أصول هذا الباب التى تبنى عليه فروعه ، قال القاضى وان انسأ الله في العمر فسنضع كتابا في الفروع على مذهب مالك بن أنس مرتبا ترتيبا صناعيا اذ كان المذهب المعمول به في هذه الجزيرة التى هي جزيرة الاندلس حتى يكون به القارىء مجتهدا في مذهب مالك لان احصاء جميع الروايات عندى شيء ينقطع العمر دونه .

✡(باب في شرب الخمر)✡

والكلام في هذه الجناية في الموجب والواجب وبماذا تثبت هذه الجناية فاما الموجب فاتفقوا على انه شرب الخمر دون اكراه قليلها وكثيرها واختلفوا في المسكرات من غيرها فقال أهل الحجاز حكمها حكم الخمر في تحريمها وايجاب الحد على من شربها قليلا كان أو كثيرا اسكر أولم يسكر وقال أهل العراق المحرم منها هو السكر وهو الذى يوجب الحد وقد ذكرنا عمدة أدلة الفريقين في كتاب الاطعمة والاشربة . وأما الواجب فهو الحد والتفسيق الا ان تكون التوبة والتفسيق في شارب الخمر باتفاق وان لم يبلغ حد السكر وفيمن بلغ حد السكر فيما سوى الخمر واختلف الذين رأوا تحريم قليل الانبذة فى وجوب الحد وأكثر هؤلاء على وجوبه الا انهم اختلفوا في مقدار الحد الواجب فقال الجمهور الحد في ذلك ثمانون وقال الشافعى وأبو ثور وداود الحد في ذلك أربعون هذا في حد الحر وأما حد العبد فاختلفوا فيه فقال الجمهور وهو على النصف من حد الحر وقال أهل الظاهر حد الحر والعبد سواء وهو أربعون وعند الشافعى عشرون وعند من قال ثمانون أربعون فعمدة الجمهور تشاور عمر والصحابة لما كثر في زمانه شرب الخمر واشارة على عليه بأن يجعل الحد ثمانين قياسا على حد الفرية فانه كما قيل عنه رضى الله عنه اذا شرب سكر واذا سكر هذى واذا هذى افترى وعمدة الفريق الثانى أن النبى صلى الله عليه وسلم لم يحد فى ذلك حداً وانما كان يضرب فيها بين يديه بالنعال ضربا غير محدود وأن أبابكر رضى الله عنه شاور أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم كم بلغ ضرب رسول الله صلى الله عليه وسلم لشراب الخمر فقدروه بأربعين وروى عن أبى سعيد الخدرى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم ضرب في الخمر بنعلين أربعين فجعل عمر مكان كل نعل سوطا وروى من طريق آخر عن أبى سعيد الخدرى ماهو أثبت من هذا وهو أن رسول الله صلى الله عليه وسلم ضرب في الخمر أربعين وروى هذا عن على عن النبى عليه السلام من طريق أثبت وبه قال الشافعى . وأما من يقيم هذا الحد فاتفقوا على أن الامام يقيمه وكذلك الامر في سائر الحدود واختلفوا في اقامة السادات الحدود على عبيدهم فقال مالك يقيم السيد على عبده حد الزنا وحد القذف اذا شهد عنده الشهود ولا يفعل ذلك بعلم نفسه ولا يقطع في السرقة الا الامام وبه قال الليث وقال أبو حنيفة لا يقيم الحدود على العبيد الا الامام وقال الشافعى يقيم السيد على عبده جميع الحدود وهو قول أحمد واسحق وأبى ثور فعمدة مالك الحديث المشهور أن رسول الله صلى الله عليه وسلم سئل عن الامة اذا زنت ولم تحصن فقال ان زنت فاجلدوها ثم ان زنت فاجلدوها ثم

ان زنت فاجلدوها ثم بيعوها ولو بضفير وقوله عليه السلام: اذا زنت أمة أحدكم فليجلدها وأما الشافعي فاعتمد مع هذه الاحاديث ماروى عنه صلى الله عليه وسلم من حديث على انه قال: أقيموا الحدود على ماملكت أيمانكم ولانه أيضا مروى عن جماعة من الصحابة ولامخالف لهم منهم ابن عمر وابن مسعود وأنس وعمدة أبى حنيفة الاجماع على ان الاصل في اقامة الحدود هو السلطان وروى عن الحسن وعمر بن عبد العزيز وغيرهم انهم قالوا الجمعة والزكاة والفيء والحكم الى السلطان.

(فصل)

وأما بماذا يثبت هذا الحد فاتفق العلماء على أنه يثبت بالاقرار وبشهادة عدلين واختلفوا في ثبوته بالرائحة فقال مالك وأصحابه وجمهور أهل الحجاز يجب الحد بالرائحة اذا شهد بها عند الحاكم شاهدان عدلان وخالفه في ذلك الشافعي وأبو حنيفة وجمهور أهل العراق وطائفة من أهل الحجاز وجمهور علماء البصرة فقالوا لا يثبت الحد بالرائحة فعمدة من أجاز الشهادة على الرائحة تشبيهها بالشهادة على الصوت والخط وعمدة من لم يثبتها اشتباه الروائح والحد يدرأ بالشهادة .

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

(وصلي الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما)

(كتاب السرقة)

والنظر في هذا الكتاب في حد السرقة وفي شروط المسروق الذى يجب به الحد وفى صفات السارق الذى يجب عليه الحد وفى العقوبة وفيما تثبت به هذه الجناية فاما السرقة فهى أخذ مال الغير متسترا من غير ان يؤتمن عليه وانما قلنا هذا لانهم أجمعوا انه ليس في الخيانة ولا في الاختلاس قطع إلا اياس بن معاوية فانه أوجب في الخلسة القطع وذلك مروى عن النبي عليه السلام. وأوجب أيضا قوم القطع على من استعار حليا أومتاعا ثم جحده لمكان حديث المرأة المخزومية المشهور انها كانت تستعير الحلى وأن رسول الله صلى الله عليه وسلم قطعها لموضع جحودها وبه قال أحمد واسحق والحديث حديث عائشة قالت كانت امرأة مخزومية تستعير المتاع وتجحده فأمر النبي عليه السلا

بقطع يدها فأتى اسامـة أهلها فكلموه فكلم اسامـة النبي عليه السـلام فقال النبي عليه السـلام يا اسامة: لا أراك تتكلم في حد من حـدود الله ثم قام النبي عليه السلام خطيباً فقال: انما أهلك من كان قبلكم انه اذا سرق فيهم الشريف تركوه واذا سرق فيهم الضعيف قطعوه والذي نفسي بيده لو كانت فاطمة بنت محمد لقطعتها ورد الجمهور هذا الحديث لانه مخالف للاصول وذلك ان المعار مأمون وانه لم ياخذ بغير اذن فضلا أن ياخذ من حرز قالوا وفي الحـديث حذف وهوانها سرقت مع انها جحدت ويدل على ذلك قوله عليه السلام : انما أهلك من كان قبلكم انه اذا سرق فيهم الشريف تركوه قالوا وروى هذا الحديث الليث بن سعـد عن الزهري باسناده فقال فيه ان المخزومية سرقت قالوا وهذا يدل على انها فعلت الامرين جميعاً الجحد والسرقة. وكذلك أجمعوا على انه ليس على الغاصب ولا على المكابر المغالب قطع الا ان يكون قاطع طريق شاهرا السلاح على المسلمين مخيفا للسبيل فحكمه حكم المحارب على ماسيأتي في حد المحارب .

واما السارق الذي يجب عليه حـد السرقة فانهم اتفقوا على ان من شرطه ان يكون مكلفا وسواء كان حراً او عبداً ذكراً أو أنثى مسلما أو ذميا الا ماروى في الصدر الاول من الخلاف في قطع يد العبـد الآبق اذا سرق وروى ذلك عن ابن عباس وعثمان ومروان وعمر بن عبدالعزيز ولم يختلف فيه بعـد العصر المتقدم فمن رأى ان الاجماع ينعقد بعـد وجود الخلاف في العصر المتقدم كانت المسئلة عنده قطعية ومن لم ير ذلك تمسك بعموم الامر بالقطع ولا حجة لمن لم ير القطع على العبد الآبق الا تشبيهه سقوط الحد عنـه بسقوط شطره أعني الحدود التي تتشطر في حق العبيد وهو تشبيه ضعيف . واما المسروق فان له شرائط مختلفا فيها فمن أشهرها اشتراط النصاب وذلك ان الجمهور على اشتراطه الاماروى عن الحسن البصري انه قال القطع في قليل المسروق وكثيره لعموم قوله تعالى « والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما » الآية وربما احتجوا بحديث أبي هريرة خرجه البخاري ومسلم عن النبي عليه السلام انه قال : لعن الله السارق يسرق البيضة فتقطع يده ويسرق الحبل فتقطع يده وبه قالت الخوارج وطائفة من المتـكلمين والذين قالوا باشـتراط النصاب في وجوب القطع وهم الجمهور اختلفو في تقديره اختلافا كثيراً الا ان الاختلاف المشهور من ذلك الذي يستند الى أدلة ثابتة هو قولان ، أحدهما قول فقهاء الحجاز مالك والشافعي وغيرهم ، والثاني قول فقهاء العراق أما فقهاء الحجاز فأوجبوا القطع في ثلاثة دراهم من الفضة وربع دينار من الذهب واختلفوا فيما تقوم به سائر الاشياء المسروقة مما عدا الذهب والفضة فقال مالك في المشهور تقوم بالدراهم لا بالربع دينار أعني اذا اختلفت الثلاثة دراهم مع الربع دينار لاختلاف الصرف

مثل ان يكون الربع في وقت درهمين ونصفاً وقال الشافعي الأصل في تقويم الاشياء هو الربع دينار . وهوالاصل أيضا للدراهم فلا يقطع عنده في الثلاثة دراهم الا ان تساوى ربع دينار وأما مالك فالدنانير عنده كل واحد منهما معتبر بنفسه وقد روى بعض البغداديين عنه أنه ينظر في تقويم العروض الى الغالب في نقود أهل هذه البلد فان كان الغالب الدراهم قومت بالدراهم وان كان الغالب الدنانير قومت بالربع دينار وأظن ان في المذهب من يقول ان الربع دينار يقوم بالثلاثة دراهم وبقول الشافعي في التقويم قال أبو ثور والاوزاعي وداود وبقول مالك المشهور قال أحمد أعني بالتقويم بالدراهم . واما فقهاء العراق فالنصاب الذي يجب القطع فيه هو عندهم عشرة دراهم لايجب في اقل منه وقد قال جماعة منهم ابن ابي ليلى وابن شبرمة لا تقطع اليد في اقل من خمسة دراهم وقد قيل في اربعة دراهم وقال عثمان البتي في درهمين فعمدة فقهاء الحجاز مارواه مالك عن نافع عن ابن عمر ان النبي عليه الصلاة والسلام قطع في مجن قيمته ثلاثة دراهم وحديث عائشة أوقفه مالك واسنده البخاري ومسلم الى النبي عليه الصلاة والسلام انه قال : تقطع اليد في ربع دينار فصاعداً واما عمدة فقهاء العراق فحديث ابن عمر المذكور قالوا ولكن قيمة المجن هو عشرة دراهم وروى ذلك في احاديث قالوا وقد خالف ابن عمر في قيمة المجن من الصحابة كثير ممن راى القطع في المجن كابن عباس وغيره وقد روى محمد ابن اسحاق عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لاتقطع يد السارق فيمادون ثمن المجن قال وكان ثمن المجن على عهد النبي عليه الصلاة والسلام عشرة دراهم وروى ذلك محمد بن اسحاق عن أيوب بن موسى عن عطاء عن ابن عباس قال كان ثمن المجن على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم عشرة دراهم قالوا واذا وجد الخلاف في ثمن المجن وجب أن لاتقطع اليد الا بيقين وهذا الذي قالوه هو كلام حسن لولا حديث عائشة وهو الذي اعتمده الشافعي في هذه المسئلة وجعل الاصل هو الربع دينار . واما مالك فاعتضد عنده حديث ابن عمر بحديث عثمان الذي رواه وهو انه قطع في أترجة قومت بثلاثة دراهم والشافعي يعتذر عن حديث عثمان من قبل أن الصرف كان عندهم في ذلك الوقت اثناعشر درهما والقطع في ثلاثة دراهم احفظ للاموال والقطع في عشرة دراهم ادخل في باب التجاوز والصفح عن يسير المال وشرف العضو والجمع بين حديث ابن عمر وحديث عائشة وفعل عثمان ممكن على مذهب الشافعي وغير ممكن على مذهب غيره فان كان الجمع أولى من الترجيح فمذهب الشافعي أولى المذاهب فهذا هو احد الشروط المشترطة في القطع . واختلفوا من هذا الباب في فرع مشهور وهو اذا سرقت الجماعة مايجب فيه القطع أعني نصابا دون أن يكون حظ كل واحد منهم نصابا و ذلك بان يخرجوا

النصاب من الحرز معا مثل أن يكون عدلا أو صندوقا يساوى النصاب فقال مالك يقطعون جميعا وبه قال الشافعى وأحمد وأبو ثور وقال أبوحنيفة لا قطع عليهم حتى يكون ما أخذه كل واحد منهم نصابا فمن قطع الجميع رأى العقوبة انما تتعلق بقدر مال المسروق أى أن هذا القدر من المال المسروق هو الذى يوجب القطع لحفظ المال قال ومن رأى أن القطع انما علق بهذا القدر لا بما دونه لمكان حرمة اليد قال لا تقطع أيد كثيرة فيما أوجب الشرع فيه قطع يد واحدة واختلفوا متى يقدر المسروق فقال مالك يوم السرقة وقال أبو حنيفة يوم الحكم عليه بالقطع . وأما الشرط الثانى فى وجوب هذا الحد فهو الحرز وذلك أن جميع فقهاء الامصار الذين تدور عليهم الفتوى وأصحابهم متفقون على اشتراط الحرز فى وجوب القطع وان كان قد اختلفوا فيما هو حرز مما ليس بحرز والاشبه أن يقال فى حد الحرز أنه ما شأنه أن تحفظ به الاموال كى يعسر أخذها مثل الاغلاق والحظائر وما أشبه ذلك وفى الفعل الذى اذا فعله السارق اتصف بالاخراج من الحرز على ما سنذكره بعد وممن ذهب الى هذا مالك وأبو حنيفة والشافعى والثورى وأصحابهم وقال أهل الظاهر وطائفة من أهل الحديث القطع على من سرق النصاب وان سرقه من غير حرز فعمدة الجمهور حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبى عليه الصلاة والسلام أنه قال : لا قطع فى ثمر معلق ولا فى حريسة جبل فاذا أواه المراح أو الجرين فالقطع فيما بلغ ثمن المجن ومرسل مالك أيضا عن عبد الله بن عبد الرحمن بن أبى حسين المكى بمعنى حديث عمرو بن شعيب وعمدة أهل الظاهر عموم قوله تعالى « والسارق والسارقة فاقطعوا ايديهما » الآية قالوا فوجب ان تحمل الآية على عمومها الا ماخصصته السنة الثابتة من ذلك وقد خصصت السنة الثابتة المقدار الذى يقطع فيه من الذى لايقطع وردوا حديث عمرو بن شعيب لموضع الاختلاف الواقع فى أحاديث عمرو بن شعيب وقال أبو عمر بن عبد البر أحاديث عمرو ابن شعيب العمل بها واجب اذا رواها الثقات . وأما الحرز عند الذين أوجبوه فانهم اتفقوا منه على أشياء واختلفوا فى أشياء مثل اتفاقهم على أن باب البيت وغلقه حرز واختلافهم فى الاوعية ومثل اتفاقهم على ان من سرق من بيت دار غير مشتركة السكنى انه لايقطع حتى يخرج من الدار واختلافهم فى الدار المشتركة فقال مالك وكثير ممن اشترط الحرز تقطع يده اذا أخرج من البيت وقال أبو يوسف ومحمد لاقطع عليه الا اذا أخرج من الدار ومنها اختلافهم فى القبر هل هو حرز حتى يجب القطع على النباش و ليس بحرز فقال مالك والشافعى واحمد وجماعة هو حرز وعلى النباش القطع وبه قال عمر بن عبد العزيز فقال ابو حنفية لاقطع عليه وكذلك قال سفيان الثورى وروى

ذلك عن زيد بن ثابت والحرز عند مالك بالجملة هو كل شيء جرت العادة بحفظ ذلك الشيء المسروق فيه فمرابط الدواب عنده احراز وكذلك الاوعية وما على الانسان من اللباس فالانسان حرز لكل ما عليه أو هو عنده واذا توسد النائم شيئا فهو له حرز على ما جاء في حديث صفوان بن أمية وسيأتي بعد وما أخذه من المنتبه فهو اختلاس ولا يقطع عند مالك سارق ماكان على الصبي من الحلى أو غيره الا أن يكون معه حافظ يحفظه ومن سرق من الكعبة شيئا لم يقطع عنده وكذلك من المساجد وقد قيل في المذهب أنه ان سرق منها ليلا قطع وفروع هذا الباب كثيرة فيما هو حرز وما ليس بحرز واتفق القائلون بالحرز على أن كل من سمي مخرجا للشيء من حرزه وجب عليه القطع وسواء كان داخل الحرز أو خارجه واذا ترددت التسمية وقع الخلاف مثل اختلاف المذهب اذا كان سارقان احدهما داخل البيت والآخر خارجه فقرب احدهما المتاع المسروق الى ثقب في البيت فتناوله الآخر فقيل القطع على الخارج المتناول له وقيل لاقطع على واحد منهما وقيل القطع على المقرب المتاع من الثقب والخلاف في هذا كله آئل الى انطلاق اسم المخرج من الحرز عليه اولا انطلاقه فهذا هو القول في الحرز واشتراطه في وجوب القطع ومن رمى بالمسروق من الحرز ثم اخذه خارج الحرز قطع قد توقف مالك فيه اذا اخذ بعد رميه وقبل ان يخرج وقال ابن القاسم يقطع .

﴿ فصل ﴾

وأما جنس المسروق فان العلماء اتفقوا على ان كل متملك غير ناطق يجوز بيعه وأخذ العوض منه فانه يجب في سرقته القطع ماعدا الاشياء الرطبة المأكولة والاشياء التي أصلها مباحة فانهم اختلفوا في ذلك فذهب الجمهور الى ان القطع في كل متمول يجوز بيعه وأخذ العوض فيه وقال أبو حنيفة لاقطع في الطعام ولا فيما أصله مباح كالصيد والحطب والحشيش. فعمدة الجمهور عموم الآية الموجبة للقطع وعموم الآثار الواردة في اشتراط النصاب وعمدة أبي حنيفة في منعه القطع في الطعام الرطب قوله عليه السلام لاقطع في ثمر ولا كثر وذلك ان هذا الحديث روى هكذا مطلقا من غير زيادة وعمدته أيضا في منع القطع فيما أصله مباح الشبهة التي فيه لكل مالك وذلك انهم اتفقوا على ان من شرط المسروق الذي يجب فيه القطع ان لا يكون للسارق فيه شبهة ملك. واختلفوا فيما هو شبهة تدرأ الحد مما ليس بشبهة وهذا هو أيضا أحد الشروط المشترطة في المسروق هو في ثلاثة مواضع في جنسه وقدره وشروطه وستأتي هذه المسئلة فيما بعد واختلفوا من هذا الباب أعني من النظر في جنس المسروق في المصحف فقال مالك والشافعي يقطع

سارقه وقال أبو حنيفة لايقطع ولعل هذا من أبي حنيفة بناء على انه لايجوز بيعه أو ان لكل أحد فيه حقا اذ ليس بمال. واختلفوا من هذا الباب فيمن سرق صغيرا مملوكا أعجميا ممن لايفقه ولايعقل الكلام فقال الجمهور يقطع . وأما ان كان كبيرا يفقه فقال مالك يقطع وقال أبو حنيفة لايقطع. واختلفوا في الحر الصغير فعند مالك ان سارقه يقطع ولايقطع عند أبي حنيفة وهو قول ابن الماجشون من أصحاب مالك واتفقوا كما قلنا ان شبهة الملك القوية تدرأ هذا الحد. واختلفو فيما هو شبهة يدرأ من ذلك مما لايدرأ فنها العبد يسرق مال سيده فان الجمهور من العلماء على أنه لايقطع وقال أبو ثور يقطع ولم يشترط شرطا وقال أهل الظاهر يقطع الا أن يأتمنه سيده واشترط مالك في الخادم الذي يجب أن يدرأ عنه الحد ان يكون يلي الخدمة لسيده بنفسه والشافعي مرة اشترط هذا ومرة لم يشترطه ويدرء الحد قال عمر رضي الله عنه وابن مسعود ولامخالف لهم من الصحابة ومنها أحد الزوجين يسرق من مال الآخر فقال مالك اذا كان كل واحد ينفرد ببيت فيه متاعه فالقطع على من سرق من مال صاحبه وقال الشافعي الاحتياط أن لاقطع على أحد الزوجين لشبهة الاختلاط وشبهة المال وقد روى عنه مثل قول مالك واختاره المزني ومنها القرابات فذهب مالك فيها أن لا يقطع الاب فيما سرق من مال الابن فقط لقوله عليه الصلاة والسلام : انت ومالك لابيك ويقطع ماسواهم من القرابات وقال الشافعي لايقطع عمود النسب الاعلى والاسفل يعني الاب والاجداد والابناء وأبناء الابناء وقال أبو حنيفة لايقطع ذو الرحم المحرمة وقال أبو ثور تقطع يد كل من سرق الاماخصصه الاجماع ومنها اختلافهم فيمن سرق من المغنم أو من بيت مال يقطع وقال عبد الملك من أصحابه لايقطع فهذا هو القول في الاشياء التي يجب بها مايجب في هذه الجناية .

(القول في الواجب)

وأما الواجب في هذه الجناية اذا وجدت بالصفات التي ذكرنا اعني الموجودة في السارق وفي الشيء المسروق وفي صفة السرقة فانهم اتفقوا على ان الواجب فيه القطع من حيث هي جناية والغرم اذا لم يجب القطع واختلفوا هل يجمع الغرم مع القطع فقال قوم عليه الغرم مع القطع وبه قال الشافعي وأحمد والليث وأبو ثور وجماعة وقال قوم ليس عليه غرم اذا لم يجد المسروق منه متاعه بعينه وممن قال بهذا القول أبو حنيفة والثوري وابن أبي ليلى وجماعة وفرق مالك وأصحابه فقال ان كان موسرا اتبع السارق بقيمة المسروق وان كان معسرا لم يتبع به اذا أثرى واشترط مالك دوام اليسر الى يوم

القطع فماحكى عنه ابن القاسم فعمدة من جمع بين الامرين انه اجتمع في السرقة حقان حق لله وحق للآدمي فاقتضى كل حق موجبه وأيضا فانهم لما أجمعوا على أخذه منه اذا وجد بعينه لزم واذا لم يوجد بعينه عنده أن يكون في ضمانه قياسا على سائر الأموال الواجبة وعمدة الكوفيين حديث عبد الرحمن بن عوف أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : لايغرم السارق اذا اقيم عليه الحد وهذا الحديث مضعف عند أهل الحديث قال أبو عمر لانه عندهم مقطوع قال وقد وصله بعضهم وخرجه النسائي والكوفيون يقولون ان اجتماع حقين في حق واحد مخالف للاصول ويقولون ان القطع هو بدل من الغرم ومن هنا يرون انه اذا سرق شيئا ما فقطع فيه ثم سرقه ثانيا انه لا يقطع فيه. وأما تفرقة مالك فاستحسان على غير قياس وأما القطع فالنظر في محله وفيمن سرق وقد عدم المحل أما محل القطع فهو اليد اليمنى باتفاق من الكوع وهو الذى عليه الجمهور وقال قوم الاصابع فقط فاما اذا سرق من قد قطعت يده اليمنى في السرقة فانهم اختلفوا في ذلك فقال أهل الحجاز والعراق تقطع رجله اليسرى بعد اليد اليمنى وقال بعض أهل الظاهر وبعض التابعين تقطع اليد اليسرى بعد اليمنى ولا يقطع منه غير ذلك واختلف مالك والشافعي وأبو حنيفة بعد اتفاقهم على قطع الرجل اليسرى بعد اليد اليمنى هل يقف القطع ان سرق ثالثة أم لا فقال سفيان وأبو حنيفة يقف القطع في الرجل وانما عليه في الثالثة الغرم فقط وقال مالك و الشافعي ان سرق ثالثة قطعت يده اليسرى ثم ان سرق رابعة قطعت رجله اليمنى وكلا القولين مروى عن عمر وأبى بكر أعنى قول مالك وأبى حنيفة فعمدة من لم ير الاقطع اليد قوله تعالى «والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما» ولم يذكر الارجل الا في المحاربين فقط وعمدة من قطع الرجل بعد اليد ما روى ان النبي صلى الله عليه وسلم أتى بعبد سرق فقطع يده اليمنى ثم الثانية فقطع رجله ثم أتى به في الثالثة فقطع يده اليسرى ثم أتى به في الرابعة فقطع رجله وروى هذا من حديث جابر بن عبد الله وفيه ثم أخذه الخامسة فقتله الا أنه منكر عند أهل الحديث ويرده قوله عليه الصلاة والسلام : هن فواحش وفيهن عقوبة ولم يذكر قتلا وحديث ابن عباس ان النبي عليه الصلاة والسلام قطع الرجل بعد اليد وعند مالك انه يؤدب في الخامسة فاذا ذهب محل القطع من غير سرقة ان كانت اليد شلاء فقيل في المذهب ينتقل القطع الى اليد اليسرى وقيل الى الرجل واختلف في موضع القطع من القدم فقيل يقطع من المفصل الذى في أصل الساق وقيل يدخل الكعبان في القطع وقيل لايدخلان وقيل انها تقطع من المفصل الذى في وسط القدم واتفقوا على أن لصاحب السرقة ان يعفو عن السارق مالم يرفع ذلك الى الامام لما روى عمرو

ابن شعيب عن أبيه عن جده ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : تعافوا الحدود بينكم فما بلغني من حد فقد وجب وقوله عليه الصلاة والسلام : لو كانت فاطمة بنت محمد لاقمت عليها الحد وقوله لصفوان «هلا كان ذلك قبل أن تأتيني به». واختلفوا في السارق يسرق مايجب فيه القطع فيرفع الى الامام وقد وهبه صاحب السرقة ماسرقه أو يهبه له بعد الرفع وقبل القطع فقال مالك والشافعي عليه الحد لانه قد رفع الى الامام وقال أبو حنيفة وطائفة لاحد عليه فعمدة الجمهور حديث مالك عن ابن شهاب عن صفوان بن أمية انه قيل له ان من لم يهاجر هلك فقدم صفوان بن أمية الى المدينة فنام في المسجد وتوسد رداءه فجاءه سارق فاخذ رداءه فأخذ صفوان السارق فجاء به الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فامر به رسول الله صلى الله عليه وسلم أن تقطع يده فقال صفوان لم أرد هذا يا رسول الله هو عليه صدقة فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم فهلا قبل ان تأتيني به .

﴿ القول فيما تثبت به السرقة ﴾

واتفقوا على ان السرقة تثبت بشاهدين عدلين وعلى أنها تثبت باقرار الحر. واختلفوا في اقرار العبد فقال جمهور فقهاء الامصار اقراره على نفسه موجب لحده وليس يوجب عليه غرما وقال زفر لايجب اقرار العبد على نفسه بما يوجب قتله ولاقطع يده لكونه مالا لمولاه وبه قال شريح والشافعي وقتادة وجماعة وان رجع عن الاقرار الى شبهة قبل رجوعه وان رجع الى غير شبهة فعن مالك في ذلك روايتان هكذا حكى البغداديون عن المذهب وللمتأخرين في ذلك تفصيل ليس يليق بهذا الغرض وانما هو لائق بتفريع المذهب .

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

(وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما)

(كتاب الحرابة)

والاصل في هذا الكتاب قوله تعالى «إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله» الآية

وذلك ان هذه الآية عنـد الجمهور هي في المحاربين وقال بعض الناس انها نزلت في النفر الذين ارتدوا في زمان النبي عليه الصلاة والسلام واستاقوا الابل فأمر بهم رسول الله صلى الله عليه وسلم فقطعت أيديهم وأرجلهم وسملت أعينهم والصحيح انها في المحاربين لقوله تعالى (إلا الذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم) وليس عدم القدرة عليهم مشترطة في توبة الكفار فبقي انها في المحاربين والنظر في أصول هذا الكتاب ينحصر في خمسة أبواب . أحدها النظر في الحرابة، والثاني النظر في المحارب ، والثالث فيما يجب على المحارب ، والرابع في مسقط الواجب عنه وهي التوبة ، والخامس بماذا تثبت هذه الجناية .

الباب الاول

فاما الحرابة فاتفقوا على انها اشهار السلاح وقطع السبيل خارج المصر واختلفوا فيمن حارب داخل المصر فقال مالك داخل المصر وخارجه سواء واشترط الشافعي الشوكة وان كان لم يشترط العدد وانما معنى الشوكة عنده قوة المغالبة ولذلك يشترط فيها البعد عن العمران لان المغالبة انما تتأتى بالبعد من العمران وكذلك يقول الشافعي انه اذا ضعف السلطان ووجدت المغالبة في المصر كانت محاربة . وأما غير ذلك فهو عنده اختلاس وقال أبو حنيفة لاتكون محاربة في المصر .

(الباب الثاني)

فاما المحارب فهو كل من كان دمه محقونا قبل الحرابة وهو المسلم والذمي .

(الباب الثالث)

وأما ما يجب على المحارب فاتفقوا على انه يجب عليه حق لله وحق للادميين واتفقوا على ان حق الله هو القتل والصلب وقطع الايدي وقطع الارجل من خلاف والنفي على مانص الله تعالى في آية الحرابة، واختلفوا في هذه العقوبات هل هي على التخيير أو مرتبة على قدر جناية المحارب فقال مالك ان قتل فلابد من قتله وليس للامام تخيير في قطعه ولا في نفيه وانما التخيير في قتله أو صلبه وأما ان اخذ المال ولم يقتل فلا تخيير في نفيه وانما التخيير في قتله أو صلبه أو قطعه من خلاف واما اذا أخاف السبل فقط فالامام عنده مخير في قتله أو صلبه أو قطعه أو نفيه ومعنى التخيير عنده ان الامر راجع في ذلك الى اجتهاد الامام فان كان المحارب ممن له الرأي والتدبير فوجه الاجتهاد قتله أو صلبه لان القتل لا يرفع ضرره وان كان لا رأي له

وانما هو ذو قوة وبأس قطعه من خلاف ، وان كان ليس فيه شيء من هاتين الصفتين أخذ بأيسر ذلك فيه وهو الضرب والنفي ، وذهب الشافعي وأبو حنيفة وجماعة من العلماء الى أن هذه العقوبة هي مرتبة على الجنايات المعلوم من الشرع ترتيبها عليه فلا يقتل من المحاربين الا من قتل ولا يقطع الا من أخذ المال ولا ينفى الا من لم يأخذ المال ولا قتل وقال قوم بل الامام مخير فيهم على الاطلاق وسواء قتل أو لم يقتل أخذ المال أو لم يأخذه . ✡ وسبب الخلاف هل حرف أو في الآية للتخيير أو للتفصيل على حسب جناياتهم ومالك حمل البعض من المحاربين على التفصيل والبعض على التخيير. واختلفوا في معنى قوله أو يصلبوا فقال قوم أنه يصلب حتى يموت جوعا وقال قوم بل معنى ذلك أنه يقتل ويصلب معا وهؤلاء منهم من قال يقتل أولا ثم يصلب وهو قول أشهب وقيل أنه يصلب حيا ثم يقتل في الخشبة وهو قول ابن القاسم وابن الماجشون ومن رأى أنه يقتل اولا ثم يصلب صلى عليه عنده قبل الصلب ومن رأى أنه يقتل في الخشبة فقال بعضهم لا يصلى عليه تنكيلا له وقيل يقف خلف الخشبة ويصلي عليه وقال سحنون اذا قتل في الخشبة أنزل منها وصلى عليه وهل يعاد الى الخشبة بعد الصلاة فيه قولان عنه وذهب ابو حنيفة واصحابه انه لا يبقى على الخشبة أكثر من ثلاثة ايام .واما قوله أو تقطع ايديهم وأرجلهم من خلاف فمعناه ان تقطع يده اليمنى ورجله اليسرى ثم ان عاد قطعت يده اليسرى ورجله اليمنى واختلف اذا لم تكن له اليمنى فقال ابن القاسم تقطع يده اليسرى ورجله اليمنى وقال أشهب تقطع يده اليسرى ورجله اليسرى واختلف أيضا في قوله أو ينفوا من الارض فقيل أن النفي هو السجن وقيل أن النفي هو أن ينفى من بلد الى بلد فيسجن فيه الى أن تظهر توبته وهو قول ابن القاسم عن مالك ويكون بين البلدين أقل ما تقصر فيه الصلاة والقولان عن مالك وبالاول قال ابو حنيفة وقال ابن الماجشون معنى النفي هو فرارهم من الامام لاقامة الحد عليهم فاما أن ينفى بعد أن يقدر عليه فلا وقال الشافعي أما النفي فغير مقصود ولكن ان هربوا شردناهم في البلاد بالاتباع وقيل هي عقوبة مقصودة فقيل على هذا ينفى ويسجن دائما وكلها عن الشافعي وقيل معنى أو ينفوا أي من ارض الاسلام الى أرض الحرب فالذي يظهر ان النفي هو تغريبهم عن وطنهم لقوله تعالى « ولو أنا كتبنا عليهم أن اقتلوا أنفسكم أو اخرجوا من دياركم » الاية فسوى بين النفي والقتل وهي عقوبة معروفة بالعادة من العقوبات كالضرب والقتل وكل ما يقال فيه سوى هذا فليس معروفا لا بالعادة ولا بالعرف .

الباب الرابع

وأما ما يسقط الحق الواجب عليه فان الاصل فيه قوله تعالى (الا الذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم)واختلف من ذلك في أربعة مواضع . أحدها هل تقبل توبته ، والثاني ان قبلت فما صفة المحارب الذي تقبل توبته فان لاهل العلم في ذلك قولين قول أنه تقبل توبته وهو أشهر لقوله تعالى(الا الذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم) وقول أنه لا تقبل توبته قال ذلك من قال أن الآية لم تنزل في المحاربين . وأما صفة التسوية التى تسقط الحكم فانهم اختلفوا فيها على ثلاثة أقوال . أحدها أن توبته تكون بوجهين أحدهما أن يترك ما هو عليه وان لم يات الامام والثاني أن يلقي سلاحه ويأتي الامام طائعا وهو مذهب ابن القاسم ،والقول الثاني أن توبته انما يكون بان يترك ماهوعليه ويجلس في موضعه ويظهر لجيرانه وان أتى الامام قبل أن تظهر توبته أقام عليه الحد وهذا هو قول ابن الماجشون ، والقول الثالث ان توبته انما تكون بالمجيء الى الامام وان ترك ماهو عليه لم يسقط ذلك عنه حكما من الاحكام ان أخذ قبل أن يأتي الامام وتحصيل ذلك هو أن توبته قيل أنها تكون بان يأتي الامام قبل أن يقدر عليه وقيل أنها انما تكون اذا ظهرت توبته قبل القدرة فقط وقيل تكون بالامرين جميعا.وأما صفة المحارب الذي تقبل توبته فانهم اختلفوا فيها أيضا على ثلاثة أقوال . أحدها ان يلحق بدار الحرب ، والثاني ان تكون له فئة ، والثالث كيفما كان كانت له فئة اولم تكن لحق بدار الحرب أو لم يلحق واختلف في المحارب اذا امتنع فأمنه الامام على ان ينزل فقيل له الامان ويسقط عنه حد الحرابة وقيل لاأمان له لانه انما يؤمن المشرك .وأما ماتسقط عنه التوبة فاختلفوا في ذلك على أربعة أقوال . احدها ان التوبة إنما تسقط عنه حد الحرابة فقط ويؤخذ بما سوى ذلك من حقوق الله وحقوق الآدميين وهو قول مالك ، والقول الثاني ان التوبة تسقط عنه حد الحرابة وجميع حقوق الله من الزنا والشراب والقطع في السرقة ويتبع بحقوق الناس من الاموال والدماء الا ان يعفو أولياء المقتول ، والثالث ان التوبة ترفع جميع حقوق الله ويؤخذ بالدماء وفي الاموال بما وجد بعينه في ايديهم ولا تتبع ذممهم ، والقول الرابع ان التوبة تسقط جميع حقوق الله وحقوق الادميين من مال ودم الا ماكان من الاموال قائم العين بيده .

(الباب الخامس)

وأما بماذا يثبت هذا الحد فبالاقرار وبالشهادة ومالك يقبل شهادة المسلوبين على الذين

صلبوهم وقال الشافعي تجوز شهادة أهل الرفقة عليهم اذا لم يدعوا لانفسهم ولا لرفقائهم مالا أخذوه وتثبت عند مالك الحرابة بشهادة السماع .

فصل فى حكم المحاربين على التأويل

وأما حكم المحاربين على التأويل فان محاربهم الامام فاذا قدر على واحد منهم لم يقتل الا اذا كانت الحرب قائمة فان مالكا قال ان للامام أن يقتله ان رأى ذلك لما يخاف من عونه لاصحابه على المسلمين . وأما اذا أسر بعد انقضاء الحرب فان حكمه حكم البدعي الذى لايدعو الى بدعته قيل يستتاب فان تاب والا قتل وقيل يستتاب فان لم يتب يؤدب ولا يقتل وأكثر أهل البدع انما يكفرون بالمآل واختلف قول مالك فى التكفير بالمآل ومعنى التكفير بالمآل انهم لايصرحون بقول هو كفر ولكن يصرحون بأقوال يلزم عنها الكفر وهم لايعتقدون ذلك اللزوم وأما مايلزم هؤلاء من الحقوق اذا ظفر بهم فحكمهم اذا تابوا ان لايقام عليهم حد الحرابة ولا يؤخذ منهم ما أخذوا من المال الا ان يوجد بيده فيرد الى ربه وانما اختلفوا هل يقتل قصاصا بمن قتل فقيل يقتل وهو قول عطاء واصبغ وقال مطرف وابن الماجشون عن مالك لا قتل وبه قال الجمهور لان كل من قاتل على التاويل فليس بكافر بتة أصله قتال الصحابة وكذلك الكافر بالحقيقة هو المكذب لا المتاول .

(باب في حكم المرتد)

والمرتد اذا ظفر به قبل أن يحارب فاتفقوا على أنه يقتل الرجل لقوله عليه الصلاة والسلام من بدل دينه فاقتلوه . واختلفوا في قتل المرأة وهل تستتاب قبل أن تقتل فقال الجمهور تقتل المرأة وقال أبو حنيفة لا تقتل وشبهها بالكافرة الاصلية والجمهور اعتمدوا العموم الوارد في ذلك وشذ قوم فقالوا تقتل وان راجعت الاسلام وأما الاستتابة فان مالكا شرط فى قتله ذلك على ما رواه عن عمر وقال قوم لا تقبل توبته وأما اذا حارب المرتد ثم ظهر عليه فانه يقتل بالحرابة ولا يستتاب كانت حرابته بدار الاسلام أو بعد ان لحق بدار الحرب الا أن يسلم واما اذا أسلم المرتد المحارب بعد أن أخذ أو قبل أن يؤخذ فانه يختلف فى حكمه فان كانت حرابته في دار الحرب فهو عند مالك كالحربى يسلم لاتباعة عليه في شيء مما فعل في حال ارتداده وأما ان كانت حرابته في دار الاسلام فانه يسقط اسلامه عنه حكم الحرابة خاصة وحكمه فيما جنى حكم المرتد اذا جنى في ردته في دار الاسلام ثم أسلم وقد اختلف أصحاب مالك فيه فقال

حكمه حكم المرتد من اعتبر يوم الجناية وقال حكمه حكم المسلم من اعتبر يوم الحكم وقد اختلف في هذا الباب في حكم الساحر فقال مالك يقتل كفراً وقال قوم لا يقتل والاصل ان لا يقتل الامع الكفر.

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

(وصلى الله على سيدنا محمد وعلى وآله وصحبه وسلم تسليما)

﴿ كتاب الاقضية ﴾

وأصول هذا الكتاب تنحصر في ستة أبواب أحدها في معرفة من يجوز قضاؤه والثاني في معرفة مايقضى به * والثالث في معرفة مايقضى فيه * والرابع في معرفة من يقضى عليه أوله *والخامس في كيفية القضاء * والسادس في وقت القضاء.

﴿ الباب الاول ﴾

و النظر في هذا الباب فيمن يجوز قضاؤه وفيما يكون به أفضل فاما الصفات المشترطة في الجواز فان يكون حراً مسلما بالغا ذكرا عاقلا عدلا وقد قيل في المذهب ان الفسق يوجب العزل ويمضي ماحكم به.واختلفوا في كونه من أهل الاجتهاد فقال الشافعي يجب أن يكون من أهل الاجتهاد ومثله حكى عبد الوهاب عن المذهب وقال أبو حنيفة يجوز حكم العامي (قال القاضي) وهو ظاهر ماحكاه جدي رحمة الله عليه في المقدمات عن المذهب لانه جعل كون الاجتهاد فيه من الصفات المستحبة، وكذلك اختلفوا في اشتراط الذكورة فقال الجمهور هي شرط في صحة الحكم وقال أبو حنيفة يجوز أن تكون المرأة قاضية في الاموال قال الطبري يجوز أن تكون المرأة حاكما على الاطلاق في كل شيء قال عبد الوهاب ولا أعلم بينهم اختلافا في اشتراط الحرية فمن رد قضاء المرأة شبهه بقضاء الامامة الكبرى وقاسها أيضا على العبد لنقصان حرمتها ومن أجاز حكمها في الاموال فتشبيها بجواز شهادتها في الاموال ومن رأى حكمها نافذا في كل شيء قال ان الاصل هو ان كل من يتأتى منه الفصل بين الناس فحكمه جائز الا ماخصصه الاجماع من الامامة الكبرى وأما اشتراط الحرية فلا خلاف فيه ولا خلاف في مذهب مالك أن السمع و البصر و الكلام مشترطة في استمرار ولايته وليست

شرطا في جواز ولايته وذلك ان من صفات القاضي في المذهب ماهي شرط في الجواز فهذا اذاولى عزل وفسخ جميع ماحكم به ومنهاماهى شرط في الاستمرار وليست شرطا في الجواز فهذا اذا ولى القضاء عزل ونفذماحكم به الاأن يكون جورا ومن هذا الجنس عندهم هذه الثلاث صفات ومن شرط القضاء عند مالك أن يكون واحـدا والشافعى يجيز أن يكون في المصر قاضيان اثنان اذا رسم لكل واحد منهماما يحكم فيه وان شرط اتفاقهما في كل حكم لم يجز وان شرط الاستقلال لكل واحد منهما فوجهان الجواز والمنع قال واذا تنازع الخصمان في اختيار احدهما وجب أن يقترعا عنده واما فضائل القضاء فكثيرة وقد ذكرها الناس في كتبهم وقد اختلفوا في الامى هل يجوز أن يكون قاضيا والا بين جوازه لكونه عليه الصلاة والسلام أمياً وقال قوم لا يجوز وعن الشافعي القولان جميعا لانه يحتمل ان يكون ذلك خاصا به لموضع العجز ولا خلاف في جواز حكم الامام الاعظم وتوليته القاضى شرط في صحة قضائه لاخلاف اعرف فيه. واختلفوا من هذا الباب في نفوذ حكم من رضيه المتداعيان ممن ليس بوالى على الاحكام فقال مالك يجوز وقال الشافعي فى احد قوليه لايجوز وقال ابو حنيفة يجوز اذا وافق حكمه حكم قاضى البلد

(الباب الثانى)

وأما فيما يحكم فاتفقوا أن القاضى يحكم في كل شيء من الحقوق كان حقا لله أو حقا للآدميين وانه نائب عن الامام الاعظم في هذا المعنى وانه يعقد الانكحة ويقدم الاوصياء وهل يقدم الأئمة فى المساجد الجامعة فيه خلاف وكذلك هل يستخلف فيه خلاف في المرض والسفر الا ان يؤذن له وليس ينظر في الجباة ولا في غير ذلك من الولاة وينظر في التحجير على السفهاء عند من يرى التحجير عليهم ومن فروع هذا الباب هل ما يحكم فيه الحاكم يحله للمحكوم له به وان لم يكن في نفسه حلالا وذلك انهم اجمعوا على أن حكم الحـاكم بالظاهر الذى يعتريه لا يحل حراما ولا يحرم حلالا وذلك في الاموال خاصة لقوله عليه الصلاة والسلام: إنما انا بشر وانكم تختصمون الى فلعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض فاقضى له على نحو مااسمع منه فمن قضيت له بشيء من حق أخيه فلا ياخذ منه شيئا فانما اقطع له قطعة من النار. واختلفوا فى حل عصمة النكاح أو عقده بالظاهر الذى يظن الحاكم انه حق وليس بحق اذ لايحل حرام ولايحرم حلال بظاهر حكم الحاكم دون ان يكون الباطن كذلك هل يحل ذلك أم لا فقال الجمهور الاموال والفروج في ذلك سواء لا يحل حـكم الحاكم منها حراما ولا يحرم حلالا

وذلك مثل أن يشهد شاهدا زور في امرأة أجنبية أنها زوجة لرجل أجنبي ليست له بزوجة فقال الجمهور لا تحل له وان احلها الحاكم بظاهر الحكم وقال ابو حنيفة وجمهور اصحابه تحل له فعمدة الجمهور عموم الحديث المتقدم وشبهة الحنفية ان الحكم باللعان ثابت بالشرع وقد علم ان احد المتلاعنين كاذب واللعان يوجب الفرقة ويحرم المرأة على زوجها الملاعن لها ويحلها لغيره فان كان هو الكاذب فلم تحرم عليه الا بحكم الحاكم وكذلك ان كانت هي الكاذبة لان زناها لا يوجب فرقتها على قول اكثر الفقهاء والجمهور ان الفرقة ههنا انما وقعت عقوبة للعلم بان احدهما كاذب.

(الباب الثالث فيما يكون به القضاء)

والقضاء يكون باربع بالشهادة وباليمين والنكول وبالاقرار او بما تركب من هذه ففي هذا الباب أربعة فصول.

(الفصل الاول في الشهادة)

والنظر في الشهود في ثلاثة أشياء في الصفة والجنس والعدد فاما عدد الصفات المعتبرة في قبول الشاهد بالجملة فهي خمسة العدالة والبلوغ والاسلام والحرية ونفي التهمة وهذه منها متفق عليها ومنها مختلف فيها فاما العدالة فان المسلمين اتفقوا على اشتراطها في قبول شهادة الشاهد لقوله تعالى (ممن ترضون من الشهداء) ولقوله تعالى (وأشهدوا ذوى عدل منكم) واختلفوا فيما هي العدالة فقال الجمهور هي صفة زائدة على الاسلام وهو أن يكون ملتزما لواجبات الشرع ومستحباته مجتنبا للمحرمات والمكروهات وقال أبو حنيفة يكفي في العدالة ظاهر الاسلام وان لا تعلم منه جرحة ✡ وسبب الخلاف كما قلنا ترددهم في مفهوم اسم العدالة المقابلة للفسق وذلك انهم اتفقوا على ان شهادة الفاسق لا تقبل لقوله تعالى (يا أيها الذين آمنوا ان جاءكم فاسق بنباء) الآية ولم يختلفوا أن الفاسق تقبل شهادته اذا عرفت توبته الا من كان فسقه من قبل القذف فان أبا حنيفة يقول لا تقبل شهادته وان تاب والجمهور يقولون تقبل ✡ وسبب الخلاف هل يعود الاستثناء في قوله تعالى (ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا وأولئك هم الفاسقون الا الذين تابوا من بعد ذلك) الى أقرب مذكور اليه أو على الجملة الا ما خصصه الاجماع وهو ان التوبة لا تسقط عنه الحد وقد تقدم هذا وأما البلوغ فانهم اتفقوا على أنه يشترط حيث تشترط العدالة. واختلفوا في شهادة الصبيان بعضهم على بعض في الجراح وفي القتل فردها جمهور فقهاء الامصار لما قلناه من وقوع الاجماع على ان من شرط

الشهادة العدالة ومن شرط العدالة البلوغ ولذلك ليست في الحقيقة شهادة عند مالك وانما هي قرينة حال ولذلك اشترط فيها أن لايتفرقوا لئلا يجنبوا واختلف أصحاب مالك هل تجوز اذا كان بينهم كبير أم لا ولم يختلفوا انه يشترط فيها العدة المشترطة في الشهادة واختلفوا هل يشترط فيها الذكورة أم لا واختلفوا أيضاً هل تجوز في القتل الواقع بينهم ولاعمدة لمالك في هذا الا انه مروى عن ابن الزبير قال الشافعى فاذا احتج محتج بهذا قيل له ان ابن عباس قد ردها والقرآن يدل على بطلانها وقال بقول مالك ابن أبى ليلى وقوم من التابعين وإجازة مالك لذلك هو من باب اجازته قياس المصلحة وأما الاسلام فاتفقوا على انه شرط في القبول وانه لاتجوز شهادة الكافر الا ما اختلفوا فيه من جواز ذلك في الوصية في السفر لقوله تعالى (يا أيها الذين آمنوا شهادة بينكم اذا حضر أحدكم الموت حين الوصية اثنان ذوا عدل منكم أو آخران من غيركم) الآية فقال أبو حنيفة يجوز ذلك على الشروط التى ذكرها الله وقال مالك والشافعى لايجوز ذلك ورأوا ان الآية منسوخة وأما الحرية فان جمهور فقهاء الامصار على اشتراطها في قبول الشهادة وقال أهل الظاهر تجوز شهادة العبد لان الاصل انما هو اشتراط العدالة والعبودية ليس لها تأثير في الرد الا أن يثبت ذلك من كتاب الله أو سنة أو اجماع وكان الجمهور رأوا أن العبودية أثر في أثر الكفر فوجب أن يكون لها تأثير في رد الشهادة وأما التهمة التى سببها المحبة فان العلماء أجمعوا على أنها مؤثرة في إسقاط الشهادة واختلفوا في رد شهادة العدل بالتهمة لموضع المحبة أو البغضة التى سببها العداوة الدنيوية فقال بردها فقهاء الامصار الا أنهم اتفقوا في مواضع على إعمال التهمة وفي مواضع على إسقاطها وفي مواضع اختلفوا فيها فاعملها بعضهم وأسقطها بعضهم فما اتفقوا عليه رد شهادة الاب لابنه والابن لابيه وكذلك الام لابنها وابنها لها ومما اختلفوا فى تأثير التهمة فى شهادتهم شهادة الزوجين أحدهما للآخر فان مالكا ردها وأبا حنيفة وأجازها الشافعى وأبو ثور والحسن وقال ابن أبى ليلى تقبل شهادة الزوج لزوجه ولا تقبل شهادتها له وبه قال النخعى ومما اتفقوا على إسقاط التهمة فيه شهادة الاخ لاخيه ما لم يدفع بذلك عن نفسه عاراً على ما قال مالك وما لم يكن منقطعا الى أخيه يناله بره وصلته ما عدا الاوزاعى فانه قال لا تجوز ومن هذا الباب اختلافهم في قبول شهادة العدو على عدوه فقال مالك والشافعى لا تقبل وقال أبو حنيفة تقبل فعمدة الجمهور في رد الشهادة بالتهمة ماروى عنه عليه السلام انه قال لاتقبل شهادة خصم ولا ظنين وما خرجه أبو داود من قوله عليه السلام لا تقبل شهادة بدوى على حضرى لقلة شهود البدوى مايقع في المصر فهذه

هي عمدتهم من طريق السماع وأما من طريق المعنى فلموضع التهمة وقد أجمع الجمهور على تأثيرها في الاحكام الشرعية مثل اجتماعهم على انه لا يرث القاتل المقتول وعلى توريث المبتوتة في المرض وان كان فيه خلاف وأما الطائفة الثانية وهم شريح وأبو ثور وداود فانهم قالوا تقبل شهادة الاب لابنه فضلا عمن سواه اذا كان الاب عدلا وعمدتهم قوله تعالى (يا أيها الذين آمنوا كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولو على أنفسكم أو الوالدين والاقربين) والامر بالشيء يقتضى إجزاء المأمور به الا ماخصصه الاجماع من شهادة المرء لنفسه .وأما من طريق النظر فإن لهم ان يقولوا رد الشهادة بالجملة انما هو لموضع اتهام الكذب وهذه التهمة انما اعتملها الشرع في الفاسق ومنع اعمالها في العادل فلا تجتمع العدالة مع التهمة.واما النظر في العدد والجنس فان المسلمين اتفقوا على انه لا يثبت الزنا باقل من أربعة عدول ذكور واتفقوا على انه تثبت جميع الحقوق ماعدا الزنا بشاهدين عدلين ذكرين ماخلا الحسن البصرى فانه قال لا تقبل باقل من أربعة شهداء تشبيها بالرجم وهذا ضعيف لقوله سبحانه (واستشهدوا شهيدين من رجالكم) وكل متفق على أن الحكم يجب بالشاهدين من غير يمين المدعى الا ابن أبى ليلى فانه قال لا بد من يمينه واتفقوا على أنه تثبت الاموال بشاهد عدل ذكر وامرأتين لقوله تعالى (فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء) واختلفوا في قبولهما في الحدود فالذى عليه الجمهور انه لا تقبل شهادة النساء فى الحدود لا مع رجل ولا مفردات وقال أهل الظاهر تقبل اذا كان معهن رجل وكان النساء أكثر من واحدة في كل شيء على ظاهر الآية وقال أبو حنيفة تقبل في الاموال وفيما عدا الحدود من أحكام الابدان مثل الطلاق والرجعة والنكاح والعتق ولا تقبل عند مالك في حكم من أحكام البدن واختلف أصحاب مالك في قبولهن في حقوق الابدان المتعلقة بالمال مثل الوكالات والوصية التى لا تتعلق الا بالمال فقط فقال مالك وابن القاسم وابن وهب يقبل فيه شاهد وامرأتان وقال أشهب وابن الماجشون الا يقبل فيه الا رجلان وأما شهادة النساء مفردات أعنى النساء دون الرجال فهى مقبولة عند الجمهور في حقوق الابدان التى لا يطلع عليها الرجال غالبا مثل الولادة والاستهلال وعيوب النساء ولا خلاف في شيء من هذا الا فى الرضاع فان أبا حنيفة قال لا تقبل فيه شهادتهن الا مع الرجال لانه عنده من حقوق الابدان التى يطلع عليها الرجال والنساء والذين قالوا بجواز شهادتهن مفردات فى هذا الجنس اختلفوا في العدد المشترط في ذلك منهن فقال مالك يكفى في ذلك امرأتان قيل مع انتشار الامر وقيل وان لم ينتشر وقال الشافعى ليس يكفى في ذلك أقل من أربع لان الله عز وجل قد جعل عديل الشاهد الواحد امرأتين واشترط الاثنينية وقال قوم لا يكتفى في ذلك باقل

من ثلاث وهو قول لامعنى له وأجاز أبو حنيفة شهادة المرأة فيما بين السرة والركبة واحسب ان الظاهرية أو بعضهم لايجيزون شهادة النساء مفردات في شيء كما يجيزون شهادتهن مع الرجال في كل شيء وهو الظاهر وأما شهادة المرأة الواحدة بالرضاع فانهم أيضا اختلفوا فيها لقوله عليه السلام في المرأة الواحدة التي شهدت بالرضاع كيف وقد ارضعتكما وهذا ظاهره الانكار ولذلك لم يختلف قول مالك في انه مكروه

الفصل الثاني

واما الايمان فانهم اتفقوا على انها تبطل بها الدعوى عن المدعى عليه اذا لم تكن للمدعي بينه واختلفوا هل يثبت بها حق للمدعي فقال مالك يثبت بها حق المدعي في اثبات ما أنكره المدعى عليه وابطال ماثبت عليه من الحقوق اذا ادعى الذي ثبت عليه اسقاطه في الموضع الذي يكون المدعي اقوى سببا وشبهة من المدعى عليه وقال غيره لاتثبت للمدعي باليمين دعوى سواء كانت في إسقاط حق عن نفسه قد ثبت عليه أو اثبات حق انكره فيه خصمه ✡ وسبب اختلافهم ترددهم في مفهوم قوله عليه السلام البينة على من ادعى واليمين على من انكر هل ذلك عام في كل مدعى عليه ومدع أم انما خص المدعي بالبينة و المدعى عليه باليمين لان المدعي في الا كثر هو اضعف شبهة من المدعى عليه و المدعى عليه بخلافه فمن قال هـذا الحـكم عام في كل مدع ومدعى عليه ولم يرد بهذا العموم خصوصا قال لا يثبت باليمين حق ولا يسقط به حق ثبت ومن قال انمـا خص المدعى عليه بهذا الحـكم من جهة ماهو اقوى شبهة قال اذا اتفق أن يـكون موضع تـكون فيه شبهة المدعي أقوى يكون القول قوله واحتج هؤلاء بالمواضع التي اتفق الجمهور فيها على ان القول فيها قول المدعي مع يمينه مثل دعوى التلف في الوديعة وغير ذلك ان وجد شيء بهذه الصفة ولاولئك أن يقولوا الاصل ماذكرنا الاماخصصه الاتفاق وكلهم مجمعون على ان اليمين التي تسقط الدعوى أو تثبتها هي اليمين بالله بالذي لا اله الا هو وأقاويل فقهاء الامصار في صفتها متقاربة وهي عند مالك بالله الذي لااله الا هو لايزيد عليها ويزيد الشافعي الذي يعلم من السر مايعلم من العلانية وأما هل تغلظ بالمـكان فانهم اختلفوا فى ذلك فذهب مالك الى أنها تغلظ بالمكان وذلك في قدر مخصوص وكذلك الشافعي. واختلفوا في القدر فقال مالك ان من ادعى عليه بثلاثة دراهم فصاعدا وجبت عليه اليمين في المسجد الجامع فان كان مسجد النبي عليه الصلاة والسلام فلا خلاف انه يحلف على المنبر وان كان في غيره من المساجد ففي ذلك روايتان احداهما حيث اتفق من المسجد والاخرى عند المنبر وروى عنه ابن القاسم انه يحلف فيما له بال في الجامع ولم يحدد وقال

الشافعي يحلف في المدينة عند المنبر وفي مكة بين الركن والمقام وكذلك عنده في كل بلد يحلف عند المنبر والنصاب عنده في ذلك عشرون دينارا وقال داود يحلف على المنبر في القليل والكثير وقال ابو حنيفة لاتغلظ اليمين بالمكان * وسبب الخلاف هل التغليظ الوارد في الحلف على منبر النبي صلى الله عليه وسلم يفهم منه وجوب الحلف على المنبر أم لا فمن قال انه يفهم منه ذلك قال لانه لولم يفهم منه ذلك لم يكن للتغليظ في ذلك معنى ومن قال للتغليظ معنى غير الحكم بوجوب اليمين على المنبر قال لايجب الحلف على المنبر والحديث الوارد في التغليظ هو حديث جابر بن عبدالله الانصاري أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: من حلف على منبري آثما تبوأ مقعده من النار واحتج هؤلاء بالعمل فقالوا هو عمل الخلفاء قال الشافعي لم يزل عليه العمل بالمدينة وبمكة قالوا ولو كان التغليظ لايفهم منه ايجاب اليمين في الموضع المغلظ لم يكن له فائدة الا تجنب اليمين في ذلك الموضع قال وكما أن التغليظ الوارد في اليمين مجرداً مثل قوله عليه الصلاة والسلام: من اقتطع حق امرىء مسلم بيمينه حرم الله عليه الجنة وأوجب له النار يفهم منه وجوب القضاء باليمين كذلك التغليظ الوارد في المكان وقال الفريق الآخر لا يفهم من التغليظ باليمين وجوب الحكم باليمين واذا لم يفهم من تغليظ اليمين وجوب الحكم باليمين لم يفهم من تغليظ اليمين بالمكان وجوب اليمين بالمكان وليس فيه اجماع من الصحابة والاختلاف فيه مفهوم من قضية زيد بن ثابت وتغلظ بالمكان عند مالك في القسامة واللعان وكذلك بالزمان لانه قال في اللعان أن يكون بعد صلاة العصر على ماجاء في التغليظ فيمن حلف بعد العصر وأما القضاء باليمين مع الشاهد فانهم اختلفوا فيه فقال مالك و الشافعي و احمد و داود وأبو ثور والفقهاء السبعة المدنيون وجماعة يقضى باليمين مع الشاهد في الاموال وقال أبو حنيفة والثوري والاوزاعي وجمهور أهل العراق لايقضى باليمين مع الشاهد في شيء وبه قال الليث من أصحاب مالك * وسبب الخلاف في هذا الباب تعارض السماع اما القائلون به فانهم تعلقوا في ذلك بآثار كثيرة منها حديث ابن عباس وحديث أبي هريرة وحديث زيد بن ثابت وحديث جابر الاان الذي خرج مسلم منها حديث ابن عباس ولفظه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى باليمين مع الشاهد خرجه مسلم ولم يخرجه البخاري وأما مالك فانما اعتمد مرسله في ذلك عن جعفر بن محمد عن أبيه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى باليمين مع الشاهد لان العمل عنده بالمراسل واجب وأما السماع المخالف لها فقوله تعالى (فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء) قالوا وهذا يقتضي الحصر فالزيادة عليه نسخ ولا ينسخ القرآن بالسنة الغير متواترة

وعند المخالف انه ليس بنسخ بل زيادة لاتغير حكم المزيد وأما من السنة فما خرجه البخاري ومسلم عن الاشعث بن قيس قال كان بيني وبين رجل خصومة في شيء فاختصمنا الى النبي عليه الصلاة والسلام فقال شاهداك أو يمينه فقلت اذا يحلف ولا يبالي فقال النبي صلى الله عليه وسلم من حلف على يمين يقتطع بها مال امرىء مسلم هو فيها فاجر لقي الله وهو عليه غضبان قالوا فهذا منه عليه الصلاة والسلام حصر للحكم ونقض لحجة كل واحد من الخصمين ولا يجوز عليه صلى الله عليه وسلم الا يستوفي أقسام الحجة للمدعي والذين قالوا باليمين مع الشاهد هم على أصلهم في ان اليمين هي حجة أقوى المتداعيين شبهة وقد قويت ههنا حجة المدعي بالشاهد كما قويت في القسامة وهؤلاء اختلفوا في القضاء باليمين من المرأتين فقال مالك يجوز لان المرأتين قد أقيمتا مقام الواحد وقال الشافعي لا يجوز له لانه انما أقيمت مقام الواحد مع الشاهد الواحد لامفردة ولا مع غيره وهل يقضى باليمين في الحدود التي هي حق للناس مثل القذف والجراح فيه قولان في المذهب .

الفصل الثالث

واما ثبوت الحق على المدعى عليه بنكوله فان الفقهاء أيضاً اختلفوا في ذلك فقال مالك والشافعي وفقهاء أهل الحجاز وطائفة من العراقيين اذا نكل المدعى عليه لم يجب للمدعي شيء بنفس النكول الا أن يحلف المدعي أو يكون له شاهد واحد وقال أبو حنيفة وأصحابه وجمهور الكوفيين يقضي للمدعي على المدعى عليه بنفس النكول وذلك في المال بعد أن يكرر عليه اليمين ثلاثا وقلب اليمين عند مالك يكون في الموضع الذي يقبل فيه شاهد وامرأتان وشاهد ويمين وقلب اليمين عند الشافعي يكون في كل موضع يجب فيه اليمين وقال ابن أبي ليلى أردها في غير التهمة ولا أردها في التهمة وعند مالك في يمين التهمة هل تنقلب أم لا قولان فعمدة من رأى أن اليمين تنقلب ما رواه مالك من أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رد في القسامة اليمين على اليهود بعد أن بدا بالانصار ومن حجة مالك أن الحقوق عنده انما تثبت بشيئين اما بيمين وشاهد واما بنكول وشاهد واما بنكول ويمين أصل ذلك عنده اشتراط الاثنينية في الشهادة وليس يقضى عند الشافعي بشاهد ونكول وعمدة من قضى بالنكول أن الشهادة لما كانت لاثبات الدعوى واليمين لابطالها وجب ان نكل عن اليمين ان تحق عليه الدعوى قالوا وأما نقلها من المدعى عليه الى المدعي فهو خلاف للنص لان اليمين قد نص على انها دلالة المدعى عليه . فهذه اصول الحجج التي يقضي بها القاضي ومما اتفقوا عليه في هذا الباب أنه يقضي القاضي بوصول كتاب قاض آخر اليه لكن هذا عند الجمهور مع اقتران الشهادة

جه أعني اذا أشهد القاضي الذي يثبت عنده الحكم شاهدين عدلين ان الحكم ثابت عنده أعني المكتوب في الكتاب الذي أرسله الى القاضي الثاني فشهدا عند القاضي الثاني انه كتابه وانه أشهدهم بثبوته وقد قيل انه يكتفى فيه بخط القاضي وانه كان به العمل الاول واختلف مالك والشافعي وأبو حنيفة ان اشهدهم على الكتابة ولم يقرأه عليهم فقال مالك يجوز وقال الشافعي وأبو حنيفــة لايجوز ولا تصح الشهادة واختلفوا في العفاص والوكاء هل يقضى به في اللقطة دون شهادة أم لابد في ذلك من شهادة فقال مالك يقضي بذلك وقال الشافعي لابد من الشاهدين وكذلك قال أبو حنيفة وقول مالك هو أجرى على نص الاحاديث وقول الغير أجرى على الاصول. ومما اختلفوا فيه من هذا الباب قضاء القاضي بعلمه وذلك ان العلماء اجمعوا على ان القاضي يقضي بعلمه في التعديل والتجريح وانه الى شهد الشهود بضد علمه لم يقض به وأنه يقضي بعلمه في اقرار الخصم وانكاره الا مالكا فانه رأى أن يحضر القاضي شاهدين لاقرار الخصم وانكاره وكذلك أجمعوا على أنه يقضي بعلمه في تغليب حجة أحد الخصمين على حجة الآخر اذا لم يكن في ذلك خلاف. واختلفوا اذا كان في المسئلة خلاف فقال قوم لا يرد حكمه اذا لم يخرق الاجماع وقال قوم اذا كان شاذا وقال قوم يرد اذا كان حكما بقياس وهنالك سماع من كتاب أو سنة تخالف القياس وهو الاعدل الا أن يكون القياس تشهد له الاصول والكتاب محتمل والسنة غير متواترة وهذا هو الوجه الذي ينبغي أن يحمل عليه من غلب القياس من الفقهاء في موضع من المواضع على الأثر مثل ما ينسب الى أبي حنيفة باتفاق والى مالك باختلاف واختلفوا هل يقضي بعلمه على حد دون بينة او اقرار اولا لا يقضي الا بالدليل والاقرار فقال مالك وأكثر أصحابه لايقضي الا بالبينات أو الاقرار وبه قال أحمد وشريح وقال الشافعي والكوفي وأبو ثور وجماعة للقاضي أن يقضي بعلمه ولكلا الطائفتين سلف من الصحابة والتابعين وكل واحد منهما اعتمد في قوله السماع والنظر أما عمدة الطائفة التي منعت من ذلك فنها حديث معمر عن الزهري عن عروة عن عائشة أن النبي صلى الله عليه وسلم بعث أبا جهم على صدقة فلاحاه رجل في فريضة فوقع بينهما شجاج فأتوا النبي صلى الله عليه وسلم فاخبروه فاعطاهم الارش ثم قال عليه الصلاة والسلام اني خاطب الناس ومخبرهم انكم قد رضيتم أرضيتم قالوا نعم فصعد رسول الله صلى الله عليه وسلم المنبر فخطب الناس وذكر القصة و قال ارضيتم قالوا لافهم بهم المهاجرون فنزل رسول الله صلى الله عليه وسلم فاعطاهم ثم صعد المنبر فخطب ثم قال ارضيتم قالوا نعم قال فهذا بين في انه لم يحكم عليهم بعلمه صلى الله عليه وسلم واما من جهة المعنى فللتهمة اللاحقة في ذلك للقاضي وقد اجمعوا ان للتهمة تاثيرا في الشرع أنه لايرث القاتل

عمدا عند الجمهور من قتله و منها ردهم شهادة الاب لابنه وغير ذلك مما هو معلوم من جهور الفقهاء و أما عمدة من أجاز ذلك أما من طريق السماع فحديث عائشة في قصة هند بنت عتبة بن ربيعة مع زوجها أبى سفيان بن حرب حين قال لها عليه الصلاة والسلام وقد شكت أبا سفيان.خذى ما يكفيك وولدك بالمعروف دون أن يسمع قول خصمها وأما من طريق المعنى فانه اذا كان له ان يحكم بقول الشاهد الذى هو مظنون في حقه فاحرى ان يحكم بما هو عنده يقين وخصص أبو حنيفة وأصحابه ما يحكم فيه الحا كم بعلمه فقالوا لا يقضى بعلمه في الحدود ويقضى فى غير ذلك وخصص أيضا أبو حنيفة العلم الذى يقضى به فقال يقضى بعلمه الذى علمه في القضاء ولايقضى بما علمه قبل القضاء وروى عن عمرانه قضى بعلمه على أبى سفيان لرجل من بنى مخزوم وقال بعض أصحاب مالك يقضى بعلمه في المجلس اعنى بما يسمع وان لم يشهد عنده بذلك وهو قول الجمهور كما قلنا وقول المغيرة هو اجرى على الاصول لان الاصل في هذه الشريعة لايقضى بدليل وان كانت غلبة الظن الواقعة به أقوى من الظن الواقع بصدق الشاهدين .

الفصل الرابع في الاقرار

وأما الاقرار اذا كان بينا فلا خلاف في وجوب الحكم به وانما النظر فيمن يجوز اقراره ممن لايجوز واذا كان الاقرار محتملا وقع الخلاف اما من يجوز اقراره ممن لايجوز فقد تقدم واما عدد الاقرارات الموجبة فقد تقدم في باب الحدود ولا خلاف بينهم ان الاقرار مرة واحدة عامل في المال .وأما المسائل التى اختلفوا فيها من ذلك فهى من قبل احتمال اللفظ وأنت ان احببت ان تقف عليه فمن كتاب الفروع .

(الباب الرابع)

وأما على من يقضى ولمن يقضى فان الفقهاء اتفقوا على أنه يقضى لمن ليس يتهم عليه واختلفوا فى قضائه لمن يتهم عليه فقال مالك لا يجوز قضاؤه على من لا تجوز عليه شهادته وقال قوم يجوز لان القضاء يكون باسباب معلومة وليس كذلك الشهادة وأما على من يقضى فانهم اتفقوا على انه يقضى على المسلم الحاضر . واختلفوا في الغائب وفي القضاء على أهل الكتاب فاما القضاء على الغائب فان مالكا والشافعي قالا يقضى على الغائب البعيد الغيبة وقال أبو حنيفة لايقضى على الغائب أصلا وبه قال ابن الماجشون وقد قيل عن مالك لايقضى فى الرباع المستحقة فعمدة من رأى القضاء حديث هند

المتقدم ولاحجة فيه لانه لم يكن غائبا عن المصر وعمدة من لم ير القضاء قوله عليه الصلاة والسلام فانما أقضى له بحسب ما أسمع وما رواه أبو داود وغيره عن على أن النبي صلى الله عليه وسلم قال له حين أرسله الى اليمن لانقض لاحد الخصمين حتى تسمع من الآخر وأما الحكم على الذمى فان فى ذلك ثلاثة أقوال أحدها أنه يقضى بينهم اذا ترافعوا اليه بحكم المسلمين وهو مذهب أبي حنيفة والثانى انه مخير وبه قال مالك وعن الشافعي القولان والثالث انه واجب على الامام أن يحكم بينهم وان لم يتحاكموا اليه فعمدة من اشترط مجيئهم للحاكم قوله تعالى «فان جاؤك فاحكم بينهم أو أعرض عنهم» وبهذا تمسك من رأى الخيار ومن أوجبه اعتمد قوله تعالى «وأن احكم بينهم» ورأى ان هذا ناسخ لآية التخيير وأما من رأى وجوب الحكم عليهم وان لم يترافعوا فانه احتج باجماعهم على ان الذمى اذا سرق قطعت يده

﴿ الباب الخامس ﴾

واما كيف يقضى القاضى فانهم اجمعوا على انه واجب عليه ان يسوى بين الخصمين فى المجلس والا يسمع من احدهما دون الآخر وان يبدأ بالمدعى فيسأله البينة ان انكر المدعى عليه وان لم يكن له بينة فان كان فى مال وجبت اليمين على المدعى عليه بالاتفاق وان كانت فى طلاق أو نكاح أو قتل وجبت عند الشافعي بمجرد الدعوى وقال مالك لاتجب الا مع شاهد واذا كان في المال فهل يحلفه المدعى عليه بنفس الدعوى ام لا يحلفه حتى يثبت المدعى الخلطة اختلفوا في ذلك فقال جمهور فقهاء الامصار اليمين تلزم المدعى عليه بنفس الدعوى لعموم قوله عليه الصلاة والسلام من حديث ابن عباس البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه وقال مالك لاتجب اليمين الا بالمخالطة وقال بها السبعة من فقهاء المدينة وعمدة من قال بها النظر الى المصلحة لكيلا يتطرق الناس بالدعاوى الى تعنيت بعضهم بعضا ومن هنا لم ير مالك احلاف المرأة زوجها اذا ادعت عليه الطلاق الا أن يكون معها شاهد وكذلك أحلاف العبد سيده في دعوى العتق عليه والدعوى لاتخلو أن تكون فى شىء فى الذمة فادعى المدعى عليه البراءة من تلك الدعوى وان له بينة سمعت منه بينته باتفاق وكذلك ان كان اختلاف في عقد وقع في عين مثل بيع أو غير ذلك وأما ان كانت الدعوى فى عين وهو الذي يسمى استحقاقا فانهم اختلفوا هل تسمع بينة المدعى عليه فقال أبو حنيفة لاتسمع الا في النكاح ومالا يتكرر وقال غيره لاتسمع فى شىء وقال مالك والشافعي تسمع أعنى فى أن يشهد للمدعى بينة المدعى عليه انه مال له وملك فعمدة من قال لاتسمع ان الشرع قد جعل البينة فى حيز المدعي واليمين فى حيز المدعى عليه فوجب

أن لا ينقلب الأمر وكان ذلك عندها عبادة *وسبب الخلاف هل تفيد بينة المدعى عليه معنى زائدا على كون الشيء المدعى فيه موجودا بيده أم ليست تفيد ذلك فمن قال لا تفيد معنى زائداً قال لا معنى لها ومن قال تفيد اعتبرها فاذا قلنا باعتبار بينة المدعى عليه فوقع التعارض بين البينتين ولم تثبت احداها أمرا زائدا مما لا يمكن أن يكرر في ملك ذي الملك فالحكم عند مالك أن يقضي باعدل البينتين ولا يعتبر الا كثر وقال أبو حنيفة بينة المدعى أولى على أصله ولا ترجح عنه بالعدالة كما لا ترجح عند مالك بالعدد وقال الأوزاعى تترجح بالعدد واذا تساوت في العدالة فذلك عند مالك كلا بينة يحلف المدعى عليه فان نكل حلف المدعى ووجب الحق لان يد المدعى عليه شاهدة له ولذلك جعل دليله اضعف الدليلين اعنى اليمين واما اذا اقر الخصم فان كان المدعى فيه عينا فلا خلاف انه يدفع الى مدعيه واما اذا كان مالا في الذمة فانه يكلف المقر غرمه فان ادعى العدم حبسه القاضي عند مالك حتى يتبين عدمه اما بطول السجن أو بالبينة ان كان متهما فاذا لاح عسره خلى سبيله لقوله تعالى (وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة) وقال قوم يؤاجره وبه قال احمد وروى عن عمر بن عبد العزيز وحكى عن أبي حنيفة ان لغرمائه ان يدوروا معه حيث دار ولا خلاف أن البينة اذا جرحها المدعى عليه ان الحكم يسقط اذا كان التجريح قبل الحكم وان كان بعد الحكم لم ينتقض عند مالك وقال الشافعي ينتقض واما ان رجعت البينة عن الشهادة فلا يخلو ان يكون ذلك قبل الحكم أو بعده فان كان قبل الحكم فالاكثر ان الحكم لا يثبت وقال بعض الناس يثبت وان كان بعد الحكم فقال مالك يثبت الحكم وقال غيره لا يثبت الحكم وعند مالك ان الشهداء يضمنون ما اتلفوا بشهادتهم فان كان مالا ضمنوه على كل حال قال عبد الملك لا يضمنون في الغلط وقال الشافعي لا يضمنون المال وان كان دما فان ادعوا الغلط ضمنوا الدية وان اقروا قيد منهم على قول اشهب ولم يقتص منهم على قول ابن القاسم.

(الباب السادس)

واما متى يقضى فنها ما يرجع الى حال القاضي في نفسه ومنها ما يرجع الى وقت انفاذ الحكم وفصله ومنها ما يرجع الى وقت توقيف المدعى فيه وازالة اليد عنه اذا كان عينا فاما متى يقضى القاضي فاذا لم يكن مشغول النفس لقوله عليه الصلاة والسلام لا يقضى القاضي حين يقضى وهو غضبان ومثل هذا عند مالك ان يكون عطشانا أو جائعا أو خائفا أو غير ذلك من العوارض التى تعوقه عن الفهم لكن اذا قضى في حال من هذه الاحوال بالصواب فاتفقوا فيما أعلم على انه ينفذ حكمه ويحتمل ان يقال لا ينفذ فيما وقع عليه النص وهو الغضبان لان النهى يدل على فساد المنهى عنه واما

حتى ينفذ الحكم عليه فبعد ضرب الاجل والاعذار اليه ومعنى نفوذ هذا هوان يحق حجة المدعين أو يدحضها وهل له ان يسمع حجة بعد الحكم فيه اختلاف من قول مالك والاشهر انه يسمع فيما كان حقا لله مثل الاحباس والعتق ولا يسمع في غير ذلك وقيل لا يسمع بعد نفوذ الحكم وهو الذي يسمى التعجيز قيل لا يسمع منهما جميعا وقيل بالفرق بين المدعي والمدعى عليه وهو اذا أقر بالعجز وأما وقت التوقيف فهو عند الثبوت وقبل الاعذار واذا لم يرد الذي استحق الشيء من يده ان يخاصم فله ان يرجع ثمنه على البائع وان كان يحتاج في رجوعه به على البائع أن يوقفه عليه فيثبت شراءه منه ان انكره أو يعترف له به ان أقر فللمستحق من يده أن يأخذ الشيء من المستحق ويترك قيمته بيد المستحق وقال الشافعي يشتريه منه فان عطب في يد المستحق فهو ضامن له وان عطب في اثناء الحكم ممن ضمانه اختلف في ذلك فقيل ان عطب بعد الثبات فضمانه من المستحق وقيل انما يضمن المستحق بعد الحكم وأما بعد الثبات وقبل الحكم فهو من المستحق منه (قال القاضي) رضي الله عنه وينبغي أن تعلم ان الاحكام الشرعية تنقسم قسمين قسم يقضي به الحكام وجل ماذكرناه في هذا الكتاب هو داخل في هذا القسم وقسم لا يقضي به الحكام وهذا أكثره هو داخل في المندوب اليه وهذا الجنس من الاحكام هو مثل رد السلام وتشميت العاطس وغير ذلك مما يذكره الفقهاء في أواخر كتبهم التي يعرفونها بالجوامع ونحن فقد رأينا ان نذكر أيضا من هذا الجنس المشهور منه ان شاء الله تعالى وينبغي قبل هذا ان تعلم ان السنن المشروعة العملية المقصود منها هو الفضائل النفسانية فنها مايرجع الى تعظيم من يجب تعظيمه وشكر من يجب شكره وفي هذا الجنس تدخل العبادات وهذه هي السنن الكرامية ومنها مايرجع الى الفضيلة التي تسمى عفة وهذه صنفان السنن الواردة في المطعم والمشرب والسنن الواردة في المناكح ومنها مايرجع الى طلب العدل والكف عن الجور فهذه هي اجناس السنن التي تقتضي العدل في الاموال والتي تقتضي العدل في الابدان وفي هذا الجنس يدخل القصاص والحروب والعقوبات لان هذه كلها انما يطلب بها العدل ومنها السنن الواردة في الاعراض ومنها السنن الواردة في جميع الاموال وتقويمها وهي التي يقصد بها طلب الفضيلة التي تسمى السخاء وتجنب الرذيلة التي تسمى البخل والزكاة تدخل في هذا الباب من وجه وتدخل أيضا في باب الاشتراك في الاموال وكذلك الامر في الصدقات ومنها سنن واردة في الاجتماع الذي هو شرط في حياة الانسان وحفظ فضائله العملية والعلمية وهي المعبر عنها بالرياسة ولذلك لزم أيضا أن تكون سنن الائمة والقوام بالدين ومن السنة المهمة في حين الاجتماع السنن الواردة في المحبة والبغضة والتعاون على اقامة هذه السنن وهو الذي يسمى النهي عن المنكر والامر بالمعروف وهي المحبة

والبغضة اى الذيلية التى تكون أما من قبل الاخلال بهذه السنن واما من قبل
سوء المعتقد فى الشريعة واكثر مايذكر الفقهاء في الجوامع من كتبهم ماشذ
عن الاجناس الاربعة التى هى فضيلة العفة وفضيلة العدل وفضيلة
الشجاعة وفضيلة السخاء والعبادة التى هى كالشروط في
تثبيت هذه الفضائل كمل كتاب الاقضية وبكماله
كمل جميع الديوان والحمد لله كثيرا
على ذلك كما هو أهله

تم الكتاب والحمد لله رب العالمين

قد تم بعون الله تعالى طبع هذا المؤلف الجليل الذى تغنى شهرة مؤلفه عن نعته وكان جديرا أن يكون فى مقدمة الكتب المقرر تدريسها فى المعاهد الدينية لمنفعته العظمى مع سهولة المأخذ وسلاسة العبارة هـذا والله ارجو ان يعين من وقف على طبعه طبع غيره من نفائس الكتب

فهرست

الجزء الثاني

(من كتاب)

(بداية المجتهد ونهاية المقتصد)

(للامام ابن رشد)

صحيفة

صحيفة

صحيفة

١ هذا المطلب هو الفصل الثانى فى عدة ملك اليمين الذي جعله المؤلف أحد فصلى الباب الاول من الجملة الرابعة

صحيفة

صحيفة

صحيفة

صحيفة

صحيفة

صحيفة

صحيفة

صحيفة

صحيفة

صحيفة

(تمت الفهرست)



ورد لنا الجوب الآتي من صاحب الامضاء يقرظ فيه ابن رشد وكتابه فنشرناه هنا للمطالع ليقف على مكانة المؤلف وتأليفه : وهذا نصه

سيدي

سلاما واحتراما وبعد فان كتاب ابن رشد الذي بعثتموه من مرقده وأنبتموه نباتا حسنا قد وقع منا مواقع الماء من ذي الغلة الصادي وأكبرنا روح ذلك الفيلسوف العظيم فقياما ببعض ما يجب نحو أبطال الرجال أرسلنا اليكم هذه الكلمة لتدرج مع الكتاب ولا زلت سباق غايات منقبا عما ينفع أمتك ووطنك حائزا شكر الجميع

﴿ وهاهي الكلمة ﴾

الى الحكيم الراقد في جدثه الهانيء بمضجعه تحفه مسحة من النور الالهي وعليه حارس من المهابة وسياج من الاجلال

أهدي غاديات من الدعوات واستمطر له وابلا من صيب الرحمات لله أنت أيتها الروح الخالدة العائدة الى محلها الارفع فقد هبطت علينا من عالمك العالي وطلعت علينا طلوع القمر على خابط ليل ضل السبيل وخانه الدليل طلعت والهدى فكنت كالغيث أصاب أرضا قابلة فانبتت الكلاء والعشب وأصاب منها الكثير

أقمت فينا ماشاء الله أن تقومي وخلفت لك آثاراً جعلت لك مقعد صدق في كل نفس ثم عدت سيرتك الاولى

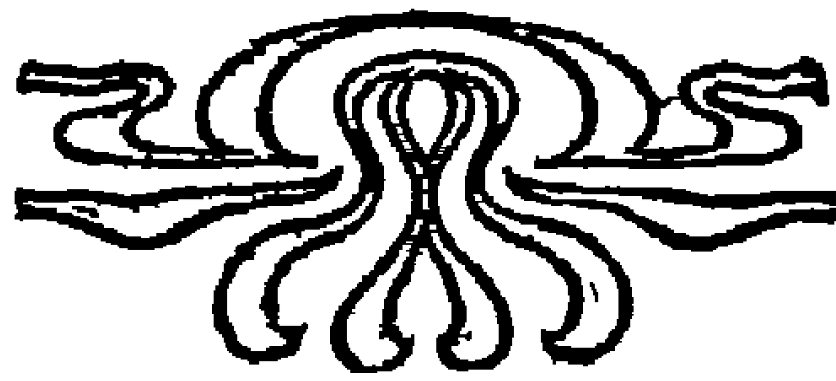
بسم الله مجراك ومرساك وطلوعك ومأواك وتأويبك ومسراك أي جو حواك وأي آمال وسعتك وأي جسم تحمل ما ترومين

وإذا كانت النفوس كبارا * تعبت في مرادها الاجسام

بينا نراك بين يدي فيثاغورس وأرسطو قد حنت عليك الحكمة وأرضعتك أفاويقها وأعلتك درها وأمهلتك خيرها فلا يظن انك تعلم من غيرها اذا انت وقد وضعتك الشريعة بين الحشا والفؤاد وسهلت لك حزونها ووردت منهلا عذبا زاخرا عبابه وسائغا شرابه وهذا كتابك قد خالط أجزاء النفس وهش اليه الحس فهو الحق الا أنه حكم قد ضمن الدر الا انه كلم

أنزه في رياض العلم نفسى ✡ وأغدو فى مسارحها وأمسى
أمتع ناظرى فيما حوته ✡ وأقطف زهره من كل غرس
وأحسن من كؤس الراح عندى ✡ ومن خد الظباء خدود طرس
وقد ردت الرياض فشمت روضا ✡ به قد غبت عن نفسى وحسى
كان خلال أسطره بحارا ✡ تدفق بالمعارف بعد رمسى
كتاب حاكه فكر (ابن رشد) ✡ وأخرج آية فى كل درس
ومزق من ظلام الشك ثوبا ✡ كما طرد الدجنة ضوء شمس

محمد أحمد عرفه



عدد اجزاء	الكتاب	ص
١	جامع الاصول في الاولياء النقشبنديه	٨
١	القول المفيد على وسيلة العبيد في علم التوحيد للشيخ بخيت	٥
٤	نسألك الهداية لشرح الهداية فقه حنفى	٢٠
٢	همع الهوامع على جمع الجوامع للسيوطى	١٥
٢	الدرر اللوامع للشنقيطى	١٥
٢	جواهر الفصوص شرح جواهر النصوص لابن العربى	١٥
٢	فتح رب البرية شرح الاجرومية للعمريطى	٣
١	تاج الملوك المسمى بدرة الانوار لابن الحاج التلمسانى	٢
١	كنوز الصحة ويواقيت المنحة للدكتور كلوت بك	٣
٦	تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق للزيلعى طبعه ميرى	٢٥
٨	معجم البلدان لياقوت الحموى	١٠٠
٣	تذكرة الحكيم داود الانطاكى بالذيل (أكبر كتاب في الطب القديم والحديث) طبعه مصححة	١٥
٢	الفتاوى الاسعدية في فقه السادة الحنفية	٥٠
١	عدة أرباب الفتوى طبعة ميرى	٣٠
٣	شرح التلويح على التوضيح	٢٠
١	الصناعتين في الكتابة والشعر	١٥
١	مختار الصحاح طبعة صغيرة للجيب (مجلد قماش مذهب)	٧
١	مناقب النقشبندية المسمى الانوار القدسية	٨
١	مجموع الاوراد للسادة الشاذلية القاوقجية	٢
١	حرز الجوشن الكبير ومعه شرح بسيط	١
١	بشرى الانام بفضائل وأحكام الصيام على المذاهب الاربع الاعلام	١
١	دلائل الخيرات في الصلاة على النبي المختار خط عال جدا كبيرة مذهبه جلد قماش	٢
١	الالفاظ الكتابية للهمذانى	٥
١	سقط الزند لابى العلاء المعرى	١٠
١	مواقع النجوم وبيان الاهله لسيدى محيي الدين بن العربى	٤
١	محصل أفكار المتقدمين والمتأخرين	٨
١	الجوهر المنظم في زيارة القبر الشريف المعظم	٣